المستصفى من المستوفى

ويسمى أيضاً

المنافع في شرح الفقه النافع

للإمام شيخ الإسلام

العلامة أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود

حافظ الدين النسفي

المتوفى سنة ٧١٠ هـ

رحمه الله تعالى

وبحاشيته

المورد الأوفى في التعليق على المستصفى

حققه وكتب حواشيه

اللجنة العلمية بمركز الإمام بدر الدين العيني للدراسات والتحقيق العلمي

المجلد الثالث

دار المنهاج القويم

علم ينتفع به

الطَّبعَةُ الأُولَى

١٤٤٦هـ - ٢٠٢٥م

دار المنهاج القويم للنشر والتوزيع

الجمهورية العربية السورية

دمشق - حلبوني - جادة ابن سينا - بناء الشلاح

هاتف : 2235402 - فاكس : 2242340 - ص.ب : 31446

جوال : 00963944272501 - العلاقات العامة : 00963947320948

Email : darminhagkawem@hotmail.com

Email : darminhagkawem@gmail.com

978-9933-689-09-4

بسم الله الرحمن الرحيم

كتابُ المكاتَب

كتابُ المُكاتَبِ

الكَتْبُ: الجَمعُ لُغةً.

ويُستَعمَلُ في الإلزام، فالمَولى يُلزِمُ العَبدَ البَدَلَ، والعَبدُ يُلزِمُ المَولى العَتقَ عند أداءِ البَدَلِ.

قال المُطرِّزيُّ: قَولُهم: إنَّه ضَمُّ حُرِّيةِ اليَدِ إلى حُرِّية الرَّقَبةِ: ضَعيفٌ[1]، والصَّحيحُ: أنَّ كُلًّا منهما كَتَب على نَفسه أمرًا، هذا الوَفاءَ، وهذا الأداءَ.

وفي «المَنشور»: سُمِّي كِتابةً: لأنَّه لا يَخلو عن العِوَضَين[2] في الحال، ولا يَكونُ المَوجودُ عند العَقدِ إلا الكِتابةَ، وسائِرُ العُقودِ لا تَخلو عن الأعواض[3] غالِبًا[4].

ورُكنُه: لَفظُ المُتعاقِدَين.

---

(١) لعل وجه الضعف ما قاله السائحاني: إن حرية اليد لم تكن في العقد وإن حرية الرقبة بعد انتهائه. «رد المحتار» ٦/ ٩٨.

(٢) في (و): الأعواض.

(٣) من قوله: (في الحال) إلى هنا: غير مثبت في (و). وفي (هـ): الأعراض، وفي (ز): الأغراض.

(٤) قوله غالبًا: قيد لهما، فتدبر. «رد المحتار» ٦/ ٩٨.

وشَرطُه: كونُ العَبدِ مَملوكًا للعاقِد.

وحُكمُه: صَيرورةُ العَبدِ أخَصَّ بمكاسِبه في الحال، وثُبوتُ الحُرِّيَّةِ في المآل.

إذا كاتَب المَولى عبدَه أو أمَتَه على مالٍ وشَرَطه عليه، وقَبِل العَبدُ ذلك: صار مُكاتَبًا؛ لأنه صورةُ الكِتابة.

ويَجوزُ أن يَشتَرِطَ المالَ حالًّا، ويَجوزُ مُؤجَّلًا، أو مُنَجَّمًا؛ لقوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمۡ إِنۡ عَلِمۡتُمۡ فِيهِمۡ خَيۡرٗاۖ﴾ [النور:٣٣] مُطلَقًا.

قَولُه: (ويَجوزُ مُؤجَّلًا) بأن يقول: (كاتَبتُك على ألف دِرهَمٍ إلى سَنةٍ).

(ومُنجَّمًا) بأن يَقولَ: (كاتَبتُك على ألف دِرهَمٍ إلى سَنةٍ، على أن تُعطِيَني كلَّ شَهرٍ كذا).

النَّجمُ: الوَقتُ(١).

قَولُه تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَبۡتَغُونَ ٱلۡكِتَٰبَ﴾ [النور:٣٣] يعني والمَماليكُ الذين يَطلُبون الكِتابةَ، والأمرُ للإباحة عند البَعضِ(٢)، ....

---

(١) قال في «المصباح» ٢/ ٥٩٤: كانت العرب تؤقت بطلوع النجوم؛ لأنهم ما كانوا يعرفون الحساب، وإنما يحفظون أوقات السنة بالأنواء، وكانوا يسمون الوقت الذي يحل فيه الأداء نجمًا؛ تجوزًا؛ لأن الأداء لا يعرف إلا بالنجم، ثم توسعوا حتى سموا الوظيفة نجمًا؛ لوقوعها في الأصل في الوقت الذي يطلع فيه النجم، واشتقوا منه فقالوا: نَجَّمتُ الدينَ -بالتثقيل-: إذا جعلتَه نجومًا، قال ابن فارس: النجم وظيفة كل شيء، وكل وظيفة نجم.

(٢) قال في «المبسوط» ٨/ ٣: قال بعض مشايخنا: الأمر قد يكون لبيان الجواز والإباحة كقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلۡتُمۡ فَٱصۡطَادُواْۚ﴾، وقولُه: ﴿إِنۡ عَلِمۡتُمۡ فِيهِمۡ خَيۡرٗاۖ﴾ مذكور على وفاق العادة، والعادة أن المولى إنما يكاتب عبده إذا علم فيه خيرًا. =

والشَّرطُ[1] خَرَج وِفاقًا[2].

والصَّحيحُ: أنَّ الأمرَ للنَّدب، والنَّدبيّةُ مُعلَّقةٌ بالشَّرط.

وقال الشافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا تَجوزُ الكِتابةُ حالًّا؛ لأنه لا يَقدِرُ على أداء المال في الحال؛ لرِقِّه.

وإطلاقُ الآيةِ يَدُلُّ على جَواز الكِتابةِ بطُرُقها[3]؛ لأنَّ المُطلَقَ شامِلٌ للمَقادير أجمعَ.

واعلَم أنَّ الكِتابةَ الحالّةَ جائزةٌ عندنا، والسَّلَمَ الحالَّ لا يَجوزُ، وعند الشافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ الأمرُ على العَكس.

وهذا لأنَّ القُدرةَ على تَسليم المَعقودِ عليه شَرطٌ، دون المَعقودِ به، والبَدَلُ في الكِتابة مَعقودٌ به، والمُسلَمُ فيه مَعقودٌ عليه.

وهو يَقولُ: العَجزُ الطَّارِئُ يُوجِبُ الفَسخَ، فالمُقارِنُ أَولى أن يَمنَعَ.

= ولكن هذا ضعيف، فإنه إذا حمل على هذا لم يكن مفيدًا شيئًا، وكلام الله تعالى منزه عن هذا، ولكن نقول/ الأمر قد يكون للندب، والإباحة ثابتة بدون هذا الشرط، والندب متعلق بهذا الشرط، فإنما ندب المولى إلى أن يكاتبه إذا علم فيه خيرًا. انتهى.

والأمر هنا للوجوب عند بعض آخر، قال في «المبسوط» ٨/ ٣: وبظاهر الآية يقول داود ومن تابعه، إذا طلب العبد من مولاه أن يكاتبه وقد علم المولى فيه خيرًا يجب عليه أن يكاتبه؛ لأن الأمر يفيد الوجوب.

(١) وهو قوله تعالى: ﴿إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾.

(٢) أي عادة كما تقدم من كلام السرخسي.

(٣) وهي ما ذكر في المتن من الكتابة الحالة والمؤجلة والمنجمة.

ويَجوزُ كتابةُ العَبدِ الصَّغيرِ إذا كان يَعقِلُ البيعَ والشِّراء؛ لأنه نافِعٌ له مُطلَقًا.

قَولُه: (إذا كان يَعقِلُ البَيعَ والشِّراءَ) أي يَعرِفُ كونَ البَيعِ سالِبًا للمِلك، جالِبًا[1] للرِّبح.

قَولُه: (لأَنَّه نافِعٌ له مُطلَقًا) احتِرازٌ عن الضارِّ المَحضِ، والدَّائرِ بينهما[2]؛ فإنَّه لا يُؤَهَّل للأوَّل أصلًا، ولِلثَّاني قبل الإذنِ[3].

وإذا صَحَّت الكتابة: خَرَج المُكاتَبُ من يَد المَولى، ولم يَخرُج من مِلكه، فيَجوزُ له البَيعُ والشِّراءُ والسَّفرُ، ولا يَجوزُ له التَّزوجُ إلا بإذن المَولى؛ لأن الكتابةَ إذنٌ بالاكتِساب الذي يُتَوَسَّلُ به إلى المَقصود بالعَقد، والتَّزَوُّجُ لا يكونُ سَبَبًا لحُصول المال.

مُوجَبُ عَقدِ الكِتابةِ: مالِكيَّةُ اليَدِ في حَقِّ المُكاتَبِ؛ لأنَّ المالِكيَّةَ عِبارةٌ عن ضَرب قُوَّةٍ، وقد ثَبَتَت له هذه القُوَّةُ بنَفس العَقدِ، حتى يَختَصَّ بالتَّصرُّف في مَنافعه ومَكاسِبه؛ ليَتمكَّنَ من الأداء.

وإنَّما لم يَعتِق في الحال: لأنَّ هذا عَقدُ مُعاوَضةٍ يَقتَضي المُساواةَ بين العاقِدَين، وأصلُ اليَدِ للمَولى يَثبُتُ في الذِّمّة بنَفس العَقدِ، لكن لا يَتِمُّ مِلكُه إلا بالقَبض؛ لأنَّ الذِّمّةَ ضَعيفةٌ بسَبَب الرِّقِّ، فيَكونُ ما تحت ذِمَّتِه للمَولى حَقٌّ ضَعيفٌ، فيَثبُتُ للعَبد بمُقابَلته مالِكيَّةٌ ضَعيفةٌ، وهي مالِكيَّةُ اليَدِ، ثم إذا تَمَّ له المِلكُ بالقَبض: تَتِمُّ به المالِكيَّةُ

(١) في (هـ): جاذبًا.

(٢) بين النفع والضرر المحضين.

(٣) الأول الضار المحض، والثاني المتردد بينهما، فالأول لا يؤهل له أصلًا أي لا قبل الإذن ولا بعده، والثاني يؤهل له بعد الإذن.

للعَبد أيضًا، فلهذا يَعتِقُ عند الأداءِ.

وهذا مَعنى قَولِهم: المُكاتَبُ طار عن وَكْر العُبودِيّةِ، ولم يَنزِل بساحة الحُرِّيّةِ، فهو كالنَّعامة، إذا استُطيرَ تباعَرَ، وإذا استُحمِل تَطايَرَ[1].

ولا يَهَبُ ولا يتَصَدَّقُ إلا بالشَّيءِ اليَسيرِ؛ لأن الهِبةَ الكَثيرةَ لا توصِلُه إلى مَقصود العقد، والقليلُ من ضَرورات التِّجارة.

قَولُه: (إلى مَقصود العَقدِ) المَقصودُ من العَقد وُصولُ المَولى إلى بَدَل الكِتابةِ، ووُصولُ العَبدِ إلى الحُرِّيّة، وذلك إنَّما يَحصُلُ بالبَيع والشِّراء، وقد لا يَتَّفِقُ[2] ذلك في الحَضَر، فيُحتاج إلى السَّفَر.

قَولُه: (ضَرورةِ التِّجارةِ) لأَنَّه لا يَجِدُ بُدًّا من اتِّخاذ الدَّعوةِ للمُجاهِزين[3]، أو الإهداءِ إليهم؛ لأنه إذا لم يَفعَل ذلك: تَفرَّقوا عنه، ومن مَلَك شيئًا مَلَك ما هو من ضَروراته.

---

(١) قال الزمخشري في «ربيع الأبرار» ٥/ ٤١٢: (ويضربون المثل بالنعامة في التعلق بالعلل، إذا قيل لها: حملي، قالت: أنا طائر، وإذا قيل لها طيري، قالت: أنا بعير. قال يحيى بن نوفل:

ومثــل نعامــة تدعــى بعيــرًا ... تعاظمهــا إذا مــا قيــل طيــري

وإن قيل احملي قالت فإني من الطير المربّة بالوكور).

فالمعنى أن المكاتب هنا لم يصلح للحرية ولا للرق، وله وجه إلى كلٍّ منهما.

(٢) في (ز): لا يعتق.

(٣) كذا في (هـ) و(و)، وفي (ز): مجاهرين. والمثبت هو الصحيح، وكذا ذكره المصنف في «الكافي» في عدة مواضع، وغيرُه من المصنفين. ومعناه كما في «البناية» ١١/ ١٤٤: هو جمع مُجاهِز، بالجيم والزاي المعجمة، والمجاهز عند العامة: الغني من التجار، فكأنه أريد المجهِّز، وهو الذي يبعث التجار بالجَهاز، وهو فاخر المتاع، أو يسافر به.

ولا يَتكَفَّل؛ لأنه بمَنزلة القَرْض، وقَرضُه لا يَجوز.

(ولا يَتكَفَّلُ) أي مُطلَقًا، سواءٌ كانت بالنَّفس أو بالمال.

وإن كان له ولَدٌ من أمَته: دَخَل في كتابَته، وكان حُكمُه حُكمَ أبيه؛ لأن وَلَدَ الحُرِّ من أمَته يكون حالُه حالَ أَبيه.

قَولُه: (لأنَّ وَلَدَ الحُرّةِ من أَمَته...) إلى آخِره: وَلَدُ الحُرِّ من أَمَته يَكونُ حُرًّا، سواءٌ كان الوَطءُ حَلالًا أو لم يَكُن؛ لأنَّ مَن مَلَك وَلَدًا من الزِّنى: يَعتِقُ عليه.

وكذا وَلَدُ المُكاتَبة، وكَسبُه له؛ لأنه مُكاتَبٌ تَبعًا لأبيه.

(وكَسبُه له) أي كَسبُ الوَلَدِ للوالد.

وإذا زَوَّج المَولى أَمَتَهُ من عَبده ثم كاتبَهُما فوَلَدت منه ولَدًا: دَخَل ولَدُها في كتابَتها[1] وكان كسبُه لها تَبعًا للأُمّ.

(دَخَل في كِتابتها وكان كَسبُه لها) لأنَّ تَبَعيّةَ الأُمِّ أرجَحُ، ولهذا يَتبَعُها في الرِّقِّ والحُرِّيّةِ.

وذُكِر في بعض النُّسَخ: (دَخَل في كِتابَتهما[2])، ومَعناه: إذا كاتَبهما[3] كِتابةً واحِدةً: فيَدخُلُ الوَلَدُ في كِتابَتهما[4]، ولكن باعتِبار تَبعِيّةِ الأُمِّ، حتى يَكونُ كَسبُه لها[5]، كما إذا كانت الكِتابةُ مُتفرِّقةً.

---

(١) في (أ): كتابتهما. وانظر «الهداية» ٣/ ٢٥٦.

(٢) في (ز): كتابتها.

(٣) في (ز): كاتبها، وفي الحاشية: كاتبهما (ط).

(٤) في (ز): كتابتها.

(٥) في (و): لهما.

والصَّحيحُ هو الأوَّلُ، بدَليل قَولِه: (تبعًا للأُمِّ)، ومُوافَقةً لـ «الهِداية».

وإن وَطِئ المَولى مُكاتَبَتَه: لَزِمَه العُقرُ.

وإن جَنى عليها أو على[1] ولَدِها: لَزِمَه أَرْشُ[2] الجِناية؛ لاختِصاصِها بنَفسِها؛ للتَّوسُّل إلى مَقصود العَقد.

وإن أتلَف مالًا لهما: غَرِم.

وإن اشتَرى المُكاتَبُ أباهَ أو ابنَه: دَخَل في كِتابَته، كما في الحُرّة.

قَولُه: (كما في الحُرِّ) المُكاتَبُ أهلٌ لأنْ يُكاتِبَ، كالحُرِّ أهلٌ للتَّحرير، والحُرُّ إذا اشتَرى ابنَه: يَعتِقُ عليه، فكذا المُكاتَبُ إذا اشتَرى ابنَه يَتكاتَبُ عليه؛ تَحقيقًا للصِّلة بقَدر الإمكانِ.

وإن اشتَرى أمَّ ولَدٍ له: دَخَل ولَدُه في كِتابَته، ولم يَجُز له بيعُها؛ لأنها أمُّ ولَدٍ له.

قَولُه: (ولم يَجُز له أن يَبيعَها؛ لأنَّها أُمُّ وَلَدِه) ومَعناه: إذا كان معها وَلَدُها.

وإن لم يَكن معها وَلَدٌ: فكذلك عندهما، خِلافًا لأبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وإن اشتَرى المكاتَبُ ذا رَحِمٍ مَحرَمٍ منه من غير قَرابةِ[3] الوِلاد: لم يَدخُل في كِتابَته عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وعندهما: يَدخُل؛ اعتِبارًا بالحُرّ.

لأبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه تَغييرُ[4] المِلك عليه، فلا يَجوز، إلا عند قِيامِ الدَّليل،

(١) في (ب): وعلى. وانظر «الهداية» ٣/ ٢٥١.

(٢) مثبتة من (ب).

(٣) في (أ): ذا رَحِمٍ مَحرَمٍ منه لأولاد بينهما من غير.

(٤) كذا في (ب) و(د) ونسخة في (ج)، وفي (أ): يعتبر، وفي (ج): تعتبر.

ففي قَرابة الوِلاد: وُجِدت الجُزئيّةُ والبَعضية، وفي الحُرّ: جاء الحَديث: «من مَلَك ذا رَحِمٍ مَحرَمٍ منه فهو حُرّ»[1]، ولم يوجَد هنا.

(تغييرُ[2] المِلكُ عليه) لأنّه يَصيرُ حُرًّا يدًا، ويُمنَع المَولى من التَّصرُّف فيه بَيعًا ووَطئًا، ولا يَجوزُ تَغييرُ المِلكِ على المالك بدون رِضاه، إلا إذا دَلَّ الدَّليلُ.

(وفي قَرابة الوِلادِ وُجِدت الجُزئيّةُ والبَعضيّةُ) إذ الأصلُ أنَّ الجُزءَ لا يُخالِفُ الكُلَّ.

(وفي الحُرِّ جاء الحَديثُ) أي إذا مَلَك الحُرُّ أخاه فإنَّما يَعتِقُ عليه بالحَديث، ولم يُوجَد هذا فيما إذا مَلَك المُكاتَبُ أخاه.

فإن قيل: وُجِد الدَّليلُ، وهو وُجوبُ الصِّلةِ؛ إذ هو يَنتَظِمُ قَرابةَ الوِلادِ وقَرابةَ الأُخُوَّةِ.

قيل: المُكاتَبُ له كَسبٌ وليس له مِلكٌ، غيرَ أنَّ الكَسبَ يَكفي للصِّلة في الوِلاد، حتى إنَّ القادِرَ على الكَسب مُخاطَبٌ بنَفَقة الوالِدِ والوَلَدِ[3] وإن لم يَكُن مُوسِرًا، ولا يكفي لغيرِها، حتى لا يَجِبُ عليه نَفَقةُ الأخِ الزَّمِنِ إلا[4] إذا كان مُوسِرًا.

---

(١) رواه أبو داود (٣٩٤٩)، والترمذي (١٣٦٥)، والنسائي في «الكبرى» (٤٨٨٣)، وابن ماجه (٢٥٢٤).

(٢) في (و) و(ز): يعتبر.

(٣) سقطت من (و).

(٤) مثبتة من (و).

فصلٌ ﴿في عجز المكاتب وموته﴾

فصلٌ

وإذا عَجَز المُكاتَبُ عن نَجْمٍ: نَظَر القاضي في حاله:

إن كان له دَينٌ يقبِضُه(١)، أو مالٌ يَقدَم عليه: لم يَعْجَل بتَعجيزه؛ لأن هذا عَقدٌ صَحيحٌ مَندوبٌ إليه شَرعًا(٢)، فيجِبُ إبرامُه وإتمامُه، وانتَظَر له اليَومينِ أو الثَّلاثةَ.

النَّجمُ: الطَّالِعُ، ثمّ سُمِّي به الوَقتُ، ثم سُمِّي به ما يُؤدَّى فيه من الوَظيفةِ.

(فإن كان له دَينٌ يَقبِضُه(٣)) أراد به دَينًا لو أراد أن يَقتَضيَه(٤) لتَمكَّن منه.

(أو مالٌ يَقدَمُ له(٥)) بأن(٦) كان له بِضاعةٌ مع إنسانٍ يَصِلُ إليه.

(مَندوبٌ إليه شَرعًا) لأنَّ قَولَه تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ﴾ [النور:٣٣] للنَّدب.

(١) في (ب): يقضيه.

(٢) أي في قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَبْتَغُونَ ٱلْكِتَٰبَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًاۖ وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْۚ﴾.

(٣) في (هـ): فقبضه، وفي (و): يقتضيه.

(٤) في (ز): يقضيه.

(٥) مثبتة من (و).

(٦) في (ز): فإن.

وإن لم يكن له وَجهٌ، وطَلَب المَولى تَعجيزَه: عجَّزَهُ الحاكِمُ، وفَسَخ الكِتابةَ.

عَجَّزه: حَكَم بعَجزه.

وقال أبو يوسُف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يُعجِّزْه حتى يَتوالى عليه نَجمانِ؛ لقول عليٍّ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ[1]: المُكاتَبُ إذا تَوالى عليه نَجمانِ، ولم يوجَد شَيء: عاد إلى الرِّقِّ[2].

لأبي حنيفةَ ومحمدٍ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ[3]: أن المَولى ما رَضِي بزَوال مِلكه عن العَبد إلا بهذه النُّجومِ المُعَيَّنة[4].

يَتوالى: يَتتابَع.

هذا العَقدُ مَبنِيٌّ على الإرفاق[5]، وفي رَدِّه في الرِّقِّ عند كَسرِه نَجمًا واحِدًا تَضييقٌ عليه، فلِمَعنى التَّوسُّعِ والإرفاقِ شُرِط أن يَتوالى عليه نَجمانِ.

وإذا عَجَز المُكاتَب: عاد إلى أَحكام الرِّق، وما كان في يَده من الأَكساب فهو لِمَولاه؛ لأنه كَسْبُ العَبد.

وللمكاتِب أن يَفسَخَ الكتابة بغير رضا المولى، وليس للمولى ذلك إلا في الكتابة الفاسدة[6].

(١) لفظ الأثر في (أ): (إذا توالى عليه نجمان رد في الرق).

(٢) رواه ابن أبي شيبة (٢١٤١٣) ثم البيهقي (٢١٧٦٠) عن الحارث عن علي قال: إذا تتابع على المكاتب نجمان، فدخل في السنة فلم يؤد نجومه: رد في الرق.

(٣) في (أ): ولأبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

(٤) في (أ) زيادة: (لأنه كسب العبد). وهي غير مناسبة هنا ومحلها الصحيح الفقرة الآتية.

(٥) أي التخفيف.

(٦) سقطت هذه الفقرة من (ب).

ذَكَر في «الهِداية»: لا بُدَّ من القَضاء بالفَسخ أو الرِّضا، وكذا في «شَرح» الطَّحاويِّ.

وفي بعض الرِّوايات: يَتفرَّدُ المَولى بالفَسخ، ولا يُشتَرط رِضاه.

وإن مات المُكاتَبُ وله مالٌ: لم تُفسَخ الكِتابة، وقُضيَ بَدَلُ الكِتابةِ من أكسابه، وحُكِم بعَتقِه في آخِر جُزءٍ من أجزاء حياتِه.

قَولُه: (وحُكِم بعِتقه في آخِر جُزءٍ من أجزاء حَياتِه) حتى يَكونَ ما بَقِي ميراثًا لوَرَثة المُكاتَبِ، ويُعتَقُ أولادُه.

واختَلفت الصَّحابةُ رضوان الله عليهم في هذه المَسألة[1]، وأخذ بهذا القَولِ

(١) قال زيدُ بنُ ثابتٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مِثلَ قولِنا.

رواه الإمام أبو يوسف في «الآثار» (٨٦٢)، والإمام الشّافعي (٢٢٧) بترتيب السندي، وعبد الرزاق (١٥٧٢١)، والبيهقي (٢١٦٤١).

وقال عليٌّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: يَعتِقُ بقَدْر ما أدّى.

رواه عبد الرزاق (١٥٧٣٤)، وابن أبي شيبة (٢٠٥٨٤)، وفيه حديث مرفوع رواه النسائي (٤٨١١) عن ابن عباس عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «المكاتب يعتق بقدر ما أدى، ويقام عليه الحد بقدر ما عتق منه، ويرث بقدر ما عتق منه».

وقال ابنُ مَسعودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: إذا أدّى قَدْرَ قِيمتِه يَعتِقُ، وفيما زاد على ذلك يَكونُ الْمَولى غَريمًا من غُرَمائه.

روى عبد الرزاق (١٥٧٣٧) وابن أبي شيبة (٢٠٥٧٥) –عن ابن مسعود فقط– أن ابن مسعود وشريحًا كانا يقولان: إذا أدى الثلث فهو غريم.

وروى ابن أبي شيبة (٢٠٥٧٤) قال عبد الله: إذا أدى المكاتب من رقبته فلا رد عليه في الرق.

وقال ابنُ عبّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: يَعتِقُ بنَفس العقدِ، ويَكونُ الْمَولى غَريمًا من غُرَمائه.

روى عبد الرزاق (١٥٧١٨) عن ابن عباس قال: إذا بقي على المكاتب خمس أواق، أو خمس=

عُلَماؤنا رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ: تَقريرًا لهذا العَقدِ المَندوبِ إليه شَرعًا[1].

قَولُه: (واختَلَفت الصَّحابةُ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمْ).

قال عليٌّ وابنُ مَسعودٍ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا كما قال عُلَماؤُنا.

وقال زَيدُ بنُ ثابِتٍ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ: تَنفَسِخُ الكِتابةُ بمَوته، والمالُ كلُّه للمَولى، وبه أَخَذ الشَّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وحُجَّتُنا فيه: أنَّه عَقدُ مُعاوَضةٍ، لا يَنفَسِخُ بمَوت أحدِ المُتعاقِدَين، وهو المَولى، فلا يَنفَسِخُ بمَوت الآخَرِ، كعَقد البَيعِ، وهذا لأنَّه متى جاز أن يُجعَلَ المَولى كالحَيِّ بعد المَوتِ لحاجَته إلى الوَلاء: فكذا يَجوزُ إبقاءُ مالِكيّةِ المُكاتَبِ بعد مَوتِه؛ لحاجَته إلى الحُرِّيّة.

ولو لم يَترُك وَفاءً وتَرَك ولَدًا وُلِد في كِتابَته: يَسعى في كتابة أَبيه على نُجومِه؛ لأنه من كَسْب أبيه، فإذا أدّى: حَكَمنا بعِتق أبيه قبل مَوته، وعِتقِ الوَلَد؛ لأنه تَبيَّنَ أنه مات عن وَفاء؛ لأنه أمكن تَحقيقُ مَقصودِ العَقدِ بهذا الطَّريق.

قَولُه: (لأنَّه من كَسْب أبيه[2]) فيَخلُفُه في الأداء، وصار أداؤُه كأداء أبيه.

وإن تَرَك ولَدًا مُشتَرًى في الكِتابة: قيل له: (إما أن تُؤَدِّيَ بَدَل الكتابةِ حالًّا وإلا رُدِدت في الرِّق)؛ لأنه لم يولَد على الكِتابة، فلذلك يُخيَّر.

=ذود، أو خمس أوسق: فهو غريم.

(١) أي في قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَبْتَغُونَ ٱلْكِتَٰبَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ۖ وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾.

(٢) في (ز): ابنه.

أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ فرّق بين الوَلَدِ المَولودِ في الكِتابة، وبين الوَلَدِ المُشتَرى، فقال: الأصلُ يَثبُتُ شَرطًا[1] في العَقد، فيَثبُتُ في حَقِّ من دَخَل تحت العَقدِ، والمُشتَرى لم يَدخُل؛ لأنّه لم يُضَف إليه العَقدُ، ولا يَسري الحُكمُ إليه؛ لانفِصاله، وإذا لم يَثبُت التَّأجيلُ في حَقِّه: صار مالُ الكِتابةِ حالًّا بمَوت المُكاتَبِ؛ لأنَّ المَديونَ إذا مات: حَلَّ الأجَلُ، فيَصيرُ بمَنزلة مُكاتَبٍ انتَهى أجَلُه، والحُكمُ فيه: أن يُؤدِّيَ أو يُرَدَّ في الرِّقِّ.

وإن كاتَب المُسلِمُ عبدَه على خَمرٍ، أو خِنزيرٍ، أو على قيمة نَفسه، أو على ألفِ دِرهمٍ ورِطلٍ من خَمر: فالكِتابةُ فاسِدة؛ لأنه شَرْطٌ فاسِدٌ داخِلٌ في صُلب العقد[2].

قَولُه: (وإذا كاتَب المُسلِمُ عبدَه على خَمرٍ أو على خِنزيرٍ) مثلَ أن يَقولَ: (كاتَبتُك على دَنٍّ من خَمرٍ)، أو (على خِنزيرٍ)، أو يَقولَ: (كاتَبتُك على قيمة نَفسِك).

قَولُه: (لأنَّه شَرطٌ فاسِدٌ دَاخِلٌ في صُلب العَقدِ) الكِتابةُ تُشبِه البَيعَ من وَجهٍ، وهو أنَّها تَحتَمِلُ الفَسخَ في الابتِداء، وتُشبِه النِّكاحَ من حيث إنَّها لا تَحتَمِلُ الفَسخَ بعد تَمامِ المَقصودِ بالأداء، فيُوفَّر حَظُّها[3] عليهما..

فلِشَبَهِها بالبَيع: يَبطُلُ الشَّرطُ الفاسِدُ إذا تَمكَّن في صُلب العَقدِ، بأن جُعِل البَدَلُ ما ليس بمالٍ، كالخَمر.

ولِشَبَهِها بالنِّكاح: لا تَبطُلُ إذا لم يَتمكَّن[4] الشَّرطُ في صُلب العَقدِ، كما إذا شَرَط أن لا يَخرُجَ من الكوفةَ إلا بإذنه، فإنَّ هذا الشَّرطَ باطِلٌ، ولا يَبطُلُ به العَقدُ.

---

(١) في (و): شرعًا.

(٢) في (ب): العتق.

(٣) في (هـ) و(و): حظهما.

(٤) في (هـ): يكن.

فإن أدّى الخَمر: عَتَق؛ لأنه وُجِد شَرطُ العَتق، ولَزِمه أن يَسعى في قيمَته؛ لأنه بَدَلُ كِتابةٍ فاسِدة.

ولا يُنقَصُ من المُسَمّى؛ لأن المَولى ما رَضِي بعَتقه بأقَلَّ منه، ويُزادُ عليه؛ لأن العَبدَ يَرضى بالزِّيادة؛ لأنه لو انفَسَخ يَبطُلُ حَقُّه أصلًا، فيَبقى إلى آخر عُمُرِه رَقيقًا، ولا يَعتِقُ عليه(١).

قَولُه: (لأنَّه بَدَلُ كِتابةٍ فاسِدةٍ) البَدَلُ في الكِتابة الفاسِدةِ هو القيمةُ؛ لأنَّ العَقدَ فاسِدٌ، فيَلزَمُه رَدُّ رَقَبتِه لأجل الفَسادِ، وقد تَعذَّر رَدُّه؛ لنُفوذ العَتقِ، فتَلزَمُه قيمَتُه، كالمُشتَري شِراءً فاسِدًا إذا أعتَق المَبيعَ بعد القَبضِ.

وكان يَنبَغي أن لا يَعتِقَ عند أداءِ الخَمرِ، إلا أنَّه يَعتِقُ: لأنَّه البَدَلُ صُورةً.

بخِلاف المَيْتةِ والدَّمِ؛ لأنَّهما ليسا بمالٍ مُتقوِّمٍ، فلا يَصلُحان عِوَضًا أصلًا.

وبخِلاف الثَّوبِ؛ لأنَّه لا تَوقُّفَ فيه على مُراد العاقِدِ؛ لاختِلاف أجناسِه.

وفيما إذا كاتَب على قيمةِ نَفسِه: يَنبَغي أن يُؤدِّيَ قَدرَ ما لا يَختَلِفُ فيه المُقوِّمون؛ ليَكونَ مُؤدِّيًا القيمةَ بيَقينٍ.

وإن كاتَبه على حَيَوانٍ غيرِ مَوصوفٍ: فالكِتابةُ جائزةٌ، ويَلزَمُ الوَسَطُ؛ لأن الكِتابةَ مُبادَلةُ مالٍ بمال من وَجه، من حيثُ إنَّ العبدَ مالٌ في حقِّ المولى، ومبادلةُ مالٍ بما ليس بمالٍ من حيث إنَّ العَبدَ ليس بمالٍ في حَقّ نَفسِه، فتَرَدَّد بين الجَوازِ والفَساد، فيُحمَلُ على الجَواز؛ تَصحيحًا لكَلام العاقِل، ودَفعًا لحاجَته.

(وإن كاتَبه على حَيوانٍ غيرِ مَوصوفٍ) مَعناه: أن يُبيِّنَ الجِنسَ، ولا يُبيِّنَ النَّوعَ

(١) العبارة في (أ): لأنه لو انفَسَخ يَبطُلُ حَقُّه أصلًا، فيسعى إلى آخر عُمُرِه، فلا يَعتِقُ.

والصِّفةَ، فينصَرِفُ إلى الوَسَط[1]، ويُجبَر على قَبول القيمةِ[2]، كذا في «الهِداية».

قَولُه: (فتَردَّد بين الجَوازِ والفَسادِ) وهذا لأنَّ الحَيوانَ لا يَثبُتُ دَينًا في الذِّمّة في مُقابَلة مالٍ بمالٍ، كالبَيع، ويَثبُتُ دَينًا في الذِّمّة في مُقابَلة ما ليس بمالٍ، كالنِّكاح، فهذا العَقدُ من حيث إنَّه مُبادَلةُ مالٍ بمالٍ: يَفسُدُ باشتِراط الحَيوانِ في الذِّمّة، ومن حيث إنَّه مُبادَلةُ مالٍ بما ليس بمالٍ: لا يَفسُدُ، فرَجَّحنا الصِّحّةَ على الفَساد؛ لأنَّ أُمورَ المُسلِمين مَحمولةٌ على الصَّلاح والسَّدادِ حتى يَظهَرَ غَيرُه.

وإن كاتَب عَبدَيه كِتابةً واحِدةً بألف دِرهَم، إن أدَّيا عَتَقا، وإن عَجَزا رُدّا في الرِّق، وإن أدّى أحدُهما كُلَّ بدَلِ الكِتابة[3]: جاز، كما لو كان المُكاتَبُ واحِدًا.

وإن كاتبَهما على أن كلَّ واحِدٍ منهما ضامِنٌ عن الآخَر: جازَت الكِتابة؛ استِحسانًا.

والقِياس أن لا يَجوز؛ لأن الضَّمانَ عن بَدَل الكِتابةِ لا يَجوز؛ لأنه دَينٌ على العَبد من وَجه، وضَمانُ المُكاتَبِ عن دَينٍ واجِبٍ على غيره لا يَجوز؛ لكنّا جوَّزنا

(١) فيجوز العقد، وبه قال مالك.

وإنما ينصرف إلى الوسط -كما في الزكاة والدية-: نظرًا إلى الجانبين.

ثم الوسط عند أبي حنيفة في العبد الذي قيمته أربعون درهمًا، وعندهما: على قدر غلاء السعر ورخصه، ولا ينظر في قيمة الوسط إلى قيمة المكاتب، لأن عقد الكتابة عقد إرفاق، فالظاهر أن يكون البدل على أقل من قيمة المكاتب. «البناية» ١٠/ ٣٨٣.

(٢) لأنه قضاء في معنى الأداء، على ما عرف في الأصول؛ لأنها أصل من حيث إن البدل يعرف بها. «العناية» ٩/ ١٦٨.

(٣) قوله: (وإن أدّى أحدُهما كُلّ بدَلِ الكِتابة): مثبت من (ب)، وقوله: (جاز) سقط من (أ) أيضًا.

على أن يكون كِتابةُ كلٍّ واحِدٍ منهما بكلّ بَدَلِ الكِتابة عنهما، فأيُّهما أدّى: عَتَقا[1]، ورَجَع على شَريكه بنِصف ما أدّى.

(وإذا كاتَب عَبدَيه كِتابةً واحِدةً) بأن يَقولَ: إن أدَّيا عَتَقا، وإن عَجَزا رُدًّا في الرِّقِّ.

قَولُه: (فأيُّهما أدّى عَتَقا) المَولى جَعَلهما في هذا الحُكمِ كشَخصٍ واحِدٍ، وكأنَّه[2] ألزَم جَميعَ المالِ كلَّ واحِدٍ منهما، ثمّ عَلَّق عِتقَ صاحِبِه بأدائه.

ولهذا إذا قَبِل أحدُهما دون الآخَرِ: لم يَجزْ، وله أن يَأخُذَ كلَّ واحِدٍ منهما بجَميع المُكاتَبةِ[3]، ويَرجعَ على شَريكه بنِصف ما أدّى؛ لاستِوائهما، ولو رَجَع بالكُلِّ: لا تَتحقَّقُ المُساواةُ.

وإذا أعتَق المَولى مُكاتَبَه: عَتَق بإعتاقه، وسَقَط عنه مالُ الكِتابة؛ لأنه إنما يَجِبُ ليَسلَمَ له رَقَبتُه، وقد سَلِمت.

وإذا مات مَولى المُكاتَب: لم تَنفَسِخ الكِتابة، وقيل له: (أدِّ المالَ إلى وَرَثة المَولى على نُجومِه)؛ لئلا يُؤَدِّيَ إلى إبطال حَقِّ المُكاتَب.

قَولُه: (لئلا يُؤَدِّيَ إلى إبطال حَقِّ المُكاتَبِ) لأنَّ الكِتابةَ سَبَبُ الحُرِّيّةِ، وسَبَبُ حَقِّ المَرءِ حَقُّه[4]، فلا يَبطُلُ بمَوته، كالتَّدبير والاستيلادِ.

---

(١) في (أ): عتق.

(٢) في (و): فإنه.

(٣) في (و): الكتابة.

(٤) لإفضائه إلى وصوله، الحاصل: أن الحرية حق العبد، والكتابة سببها، فتكون الكتابة حقه، والحق لا يبطل بالموت، كما لو كان على آخر دين ومات الآخر. «البناية» ١٠/ ٤٥٨.

وفي (ز): وحقه. وانظر «الهداية» ٣/ ٢٦٦

ويَجوزُ أن يُرادَ به إلى إبطال حَقِّ المُكاتِبِ، وهو المَولى؛ لأنَّ المَولى استَحَقَّ وَلاءَه بعَقد الكِتابةِ، والانفِساخُ يُؤدِّي إلى إبطال حَقِّ هذا الاستِحقاقِ، وإلى هذا أشار في «المَبسوط».

فإن أعتَقَهُ أحَدُ الوَرَثة: لم يَنفُذ عَتقُه؛ لأن المُكاتَبَ لا يُورَث؛ لأنه سَبَبُ المِلك، ولا يُملَكُ المُكاتَبُ بسَبَبٍ من أسباب المِلك، كالبَيع والاستيلاء.

قَولُه: (كالبَيع والاستيلاءِ) فإنَّ بَيعَ المُكاتَبِ باطِلٌ، والكُفّارُ إذا استَولوا على مُكاتَبينا: لا يَملِكون، بخِلاف القِنِّ.

وذُكِر في بعض النُّسَخِ: (والاستيلادِ)، وصورَتُه: ما ذُكِر في «الجامِع الصَّغيرِ» و«الهِدايةِ»: أمةٌ بين رَجُلَين، كاتَباها، فوَطِئها أحدُهما، فجاءت بوَلَدٍ، فادَّعاه[1]: صَحَّت دِعوَتُه؛ لِقيام المِلكِ فيه، وصار نَصيبُه أمَّ وَلَدٍ له؛ لأنَّ المُكاتَبَةَ لا تَقبَلُ النَّقلَ من مِلكٍ إلى مِلكٍ، فيُقتَصَر أُمومِيَّةُ الوَلَدِ على نَصيبه[2].

وكذا ذَكَر في «الفَتاوى»: إذا وَطِئ الأبُ مُكاتَبَةَ ابنِه، وادَّعاه: لا يَثبُتُ النَّسَبُ؛ لأنَّها لا تَحتَمِلُ النَّقلَ من مِلكٍ إلى مِلكٍ.

وإن أعتَقوه جميعًا: عَتَق وسَقَط عنه مالُ الكِتابة؛ لقيامِهم مَقامَ المالك.

---

(١) أي فادعى الواطئ الولد وصحت دعوته وثبت النسب منه. «البناية» ١٠/ ٤٣١.

(٢) أي إذا كان الأمر كذلك يقتصر كون الجارية أم ولد على نصيب الواطئ الأول. «البناية» ١٠/ ٤٣١. كما في المدبرة المشتركة، فإن الاستيلاد فيها يتجزأ بالاتفاق، والجامع أن كلًّا من الكتابة والتدبير يمنع الانتقال من ملك إلى ملك، ولا وجه لفسخ الكتابة؛ لأن المكاتبة قد ترضى بحرية عاجلة بجهة الكتابة، ولا ترضى بحرية آجلة بجهة الاستيلاد، فإذا لم يتمحض الفسخ منفعة، لا تنفسخ إلا بفسخ المكاتبة. «العناية» ٩/ ١٩٩.

قَولُه: (وإن أَعتقوه جَميعًا: عَتَقَ) القِياسُ ألا يَعتِقَ؛ لإضافَتِهم التَّصرُّفَ إلى ما ليس بمِلكٍ لهم[١].

وفي الاستِحسان: يَعتِقُ، ويُجعَل هذا بمَنزلة الإقرارِ منهم باستيفاء بَدَلِ الكِتابةِ، وهذا لأنَّ عِتقَ جَميعِ المُكاتَبِ مُسقِطٌ لبَدَل الكِتابةِ عنه، فيُمكِنُ إعمالُ كَلامِه بطَريق المَجازِ، وهو أن يَكونَ إسقاطًا منهم لبَدَل الكِتابةِ، ومع تَعذُّر العَمَلِ بحَقيقة الكَلامِ: يُصار إلى المَجاز إذا أمكَنَ[٢].

بخِلاف ما إذا أَعتَق أحدُهم؛ لأنَّ عَتقَ البَعضِ ليس بمُسقِطٍ عنه شيئًا من بَدَل الكِتابةِ، وبهذا تَبيَّن قَولُه: (لقِيامهم مَقامَ المالكِ).

إذا كاتَب المَولى أُمَّ وَلَده: يَجوز؛ لقِيام المِلك.

وإن مات المَولى: سَقَط عنها بَدَلُ الكِتابة؛ لأنها عَتَقت بسَبب أُمومِيّةِ الوَلَد.

كِتابةُ أمِّ الوَلَدِ والمُدبَّرِ تَجوزُ؛ لبَقاء المِلكِ فيهما[٣]، وعَقدُ الكِتابةِ يَرِدُ على المَملوك؛ ليُتوصَّلَ به إلى مِلك اليَدِ.

وإذا وَلَدت مُكاتَبَتُه منه: فهي بالخِيار: إن شاءت أدَّت فعتَقَت، وإن شاءت

(١) قال في «الجوهرة النيرة» ٢/ ١١٤: وأما في القياس: لا يعتق؛ لأنهم لم يرثوا رقبته، وإنما يكون ورثوا دينًا فيها.

(٢) قال في «الجوهرة النيرة» ٢/ ١١٤: وجه الاستحسان: أن عتقهم تتميم الكتابة، فصار كالأداء والإبراء، ولأنهم بعتقهم إياه مبرئون له من المال، وبراءته من مال الكتابة توجب عتقه، كما لو استوفوا منه، ولا يشبه هذا إذا أعتقه أحدهم، فإنه لا يعتق؛ لأن إبراءه له إنما يصادق حصته لا غير، ولو برئ من حصته بالأداء لم يعتق، كذا هذا.

(٣) في (و): فيها.

عَجَّزت نفسَها، حتى تَعتِقَ عند مَوتِه بأمومِيّة الوَلَد.

(وإذا وَلَدت مُكاتَبَتُه منه...) إلى آخِره: وهذا لأنَّه تَلقَّاها جِهَتا حُرِّيّةٍ، عاجِلٍ ببَدَلٍ، وآجِلٍ بغير بَدَلٍ، فتَختارُ أيَّهما شاءت.

وإذا كاتَب مُدَبَّرتَه: جاز.

وإذا مات المَولى ولا مالَ له سِواها: فهي بالخِيار بين أن تَسعى في ثُلُثَي قيمتها، أو في جَميع مالِ الكِتابةِ عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأن بالتَّدبيرِ عَتَق ثُلُثُها بلا سِعاية، والكِتابةُ وَقَعت بعد التَّدبير، فتَناولَت ما لم يَتناوَلْهُ التَّدبيرُ.

وقال أبو يوسُف رَحِمَهُ اللَّهُ: لا خِيار لها، ولكن تَسعى في الأَقَلِّ منهما.

وقال مُحمّد: تَسعى في الأَقَلِّ من ثُلُثَي القيمةِ وثُلُثَي الكِتابة[1].

وإن دَبَّر مُكاتَبَتَه: صَحّ التَّدبير، ولها الخِيار: إن شاءت مَضَت على كِتابَتِها، وإن شاءت عَجَّزت نفسَها فكانت مُدَبَّرةً[2].

وإن مَضَت[3].. فإن مات المَولى ولا مال له سِواها: فهي بالخيار: إن شاءت سَعَت في ثُلُثَي مالِ الكِتابة، أو ثُلُثَي قيمَتِها عند أبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأن الثُّلُثَ مُستَحَقٌّ بالتَّدبير المُتأخِّر، فيَسقُطُ عنه[4] ثُلُثُ بَدَلِ الكِتابة.

وعندهما: عليه الأَقَلُّ منهما حَتْمًا؛ لأن الخِيارَ لا يُفيد؛ لأنه لا يَختارُ إلا الأَقَلّ[5].

---

(١) في (أ): من ثلثي بدل الكتابة.

(٢) المثال وضمائره في هذه الفقرة وما بعدها في (أ) بالتذكير.

(٣) قوله: (وإن مضت) مثبت من (ب).

(٤) في (أ): به.

(٥) هذه الفقرة مثبتة من (ب)، والعبارة في (أ): (وقالا: يسعى في الأقل من ثلثي قيمته ومن=

قَولُه: (وإذا كاتَب مُدبَّرتَه...) إلى آخِره: ما ذُكِر من الخِيار قَولُ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وقال أبو يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ(١): تَسعى في الأَقَلِّ منهما.

وقال محمّدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: تَسعى(٢) في الأَقَلِّ من ثُلُثَي قيمَتِها، وثُلُثَي بَدَلِ الكِتابةِ(٣).

لأبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنَّ بَدَلَ الكِتابةِ بمُقابَلة ما وَراءَ المُستَحَقِّ بالتَّدبير؛ لأنَّ مُوجَبَ الكِتابةِ ثُبوتُ ما لم يَكُن ثابِتًا للمُكاتَب، والبَدَلُ بمُقابَلة ذلك، لا بمُقابَلة ما

=ثلثي بدل الكتابة).

(١) في (هـ): وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ.

(٢) في (و): وقال أبو يوسف تسعى.

(٣) فالخلاف في الخيار والمقدار، فأبو يوسف مع أبي حنيفة في المقدار، ومع محمد في نفي الخيار. أما الخيار: ففرع تجزؤ الإعتاق عنده، لما تجزأ بقي الثلثان رقيقًا، وقد تلقاها جهتا حرية ببدلين، معجل بالتدبير ومؤجل بالكتابة، فتخير.

وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها فهي حرة، وجب عليها أحد المالين، فتختار الأقل لا محالة، فلا معنى للتخيير.

وأما المقدار: فلمحمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ أنه قابل البدل بالكل، وقد سلم لها الثلث بالتدبير، فمن المحال أن يجب البدل بمقابلته، ألا ترى أنه لو سلم لها الكل بأن خرجت من الثلث يسقط كل بدل الكتابة، فهنا يسقط الثلث، وصار كما إذا تأخر التدبير عن الكتابة.

ولهما: أن جميع البدل مقابل بثلثي رقبتها، فلا يسقط منه شيء، وهذا لأن البدل وإن قوبل بالكل صورة وصيغة، لكنه مقيد بما ذكرنا معنًى وإرادةً؛ لأنها استحقت حرية الثلث ظاهرًا، والظاهر أن الإنسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته، وصار كما إذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلاثًا على ألف، كان جميع الألف بمقابلة الواحدة الباقية؛ لدلالة الإرادة، كذا ههنا، بخلاف ما إذا تقدمت الكتابة -وهي المسألة التي تليه- لأن البدل مقابل بالكل؛ إذ لا استحقاق عنده في شيء، فافترقا. «الهداية» ٣/ ٢٥٨.

هو ثابتٌ، وقد عُرِف أنَّ التَّدبيرَ يُوجِبُ استِحقاقَ شيءٍ لها، فلا يُتصوَّرُ استِحقاقُ ذلك بالكِتابة؛ ليَكونَ البَدَلُ بمُقابَلته..

وإذا ثَبَت أنَّ بَدَلَ الكِتابةِ بمُقابَلةِ ما وَراءَ المُستَحَقِّ بالتَّدبير، وشيءٌ من ذلك لم يَسلَم للعَبد بمَوت المَولى: فلا يَسقُطُ شيءٌ عنه من بَدَل الكِتابةِ.

بخِلاف ما لو كاتَبه أوَّلًا ثم دَبَّره؛ لأنَّ بَدَلَ الكِتابةِ هناك بمُقابَلة جَميعِ الرَّقَبةِ؛ لأنَّه لم يَستَحِقَّ شيئًا من رَقَبته عند الكِتابةِ، فإذا عَتَق بعضُ الرَّقَبةِ بعد ذلك بالتَّدبير: سَقَط حِصَّتُه من بَدَل الكِتابةِ.

وإن أعتَق المُكاتَبُ عبدَه على مالٍ: لم يَجُز؛ لأنه لا يَملِكُ الإعتاق؛ لأنه فوقَ الكِتابة.

وإن وَهَب على عِوضٍ لم تَصِحَّ الهِبة؛ لأنه تبرُّعٌ ابتداءً.

الأصلُ أنَّ الشَّيءَ يَتضمَّنُ مِثلَه، ولا يَتضمَّنُ فوقَه، فيَملِكُ المُكاتَبُ الكِتابةَ، ولا يَملِكُ الإعتاقَ على مالٍ.

وإن كاتَب عبدَه: جاز؛ لأنه مُكاتَبٌ فيملِكُ الكِتابة.

فإن أدّى الثانيَ قبل أن يَعتِقَ الأوَّلُ: فولاؤُه للمَولى؛ لأن المُكاتَبَ ليس أهلًا بأن يَكونَ مُعتِقًا، فيَقَعُ العِتقُ عن المَولى، والوَلاءُ لمن أعتَق.

وإذا أدّى بعد عَتقِ المكاتَبِ الأوَّل: فَولاؤُه له؛ لأنه صار أهلًا.

قَولُه: (لأنَّ المُكاتَبَ ليس أهلًا لِأنْ يَكونَ مُعتِقًا) لأنَّه رَقيقٌ بَعدُ، فيَخلُفُه فيه أقرَبُ النَّاسِ إليه، وهو مَولاهُ.

❁❁❁

ذَكَر العَتاقَ، ثم أسبابَه من التَّدبير وغيرِه، وأخَّر الكِتابةَ: لأنَّها تَقبَلُ الفَسخَ دون التَّدبيرِ والاستيلادِ، ثم الوَلاءَ: لأنَّه حُكمُ الإعتاقِ، فيَكونُ مُرتَّبًا عليه، واللهُ أعلَمُ.

كتابُ الولاء

كتابُ الوَلاءِ

الوَلاءُ نَوعان: وَلاءُ عَتاقةٍ، ووَلاءُ مُوالاةٍ.

وهو مُشتَقٌّ من الوَلْي: القُربِ، أي القَرابةُ الحاصِلةُ بسَبَب العِتق، أو بسَبَب الوَلاءِ.

وسَبَبُ وَلاءِ العَتاقةِ: العِتقُ لا الإعتاقُ؛ لأنه إذا وَرِث قَريبَه: يَعتِقُ عليه، ويَكونُ وَلاؤُه له، ولو كان سَبَبَه الإعتاقُ: لَمَا ثَبَت له الوَلاءُ؛ لأنه لم يُوجَد الإعتاقُ.

وحُكمُه: العَقلُ[1] والإرثُ؛ لأن الميراثَ مَعلولٌ بعِلّة التَّناصُرِ، وكذا العَقلُ واجِبٌ على أهل النُّصرةِ، وقد كانت العَرَبُ تَتناصَرُ بالوَلاء بنَوعَيه، وقَرَّره النبيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ[2].

---

(١) أي الدية. «المختار» ص٢١٥.

(٢) لعل في نسخة أخرى الإشارة إلى حديث النبي صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ: «مولى القوم منهم»، لورود شرحها في «الهادي للبادي»، حيث قال:

«وإن مَولى القَومِ منهم»: يعني مَولى القَومِ من القَومِ في حِلِّ الصَّدَقةِ وحُرمَتِها، وإلا ليس مَولى القَومِ منهم في جَميع الوُجوه، ولهذا ليس بكُفْءٍ لهم في النِّكاح. انتهى.

قال المصنف رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى في «الكافي» ٨/ ٤٤٤: فالشَّرعُ قَرَّر حُكمَ التَّناصُرِ بالوَلاء بنَوعَيه، حتى=

إذا أعتق الرَّجُلُ مَملوكَهُ فوَلاؤُه له؛ لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «الوَلاءُ لمن أعتَق»[1].

وكذلك المَرأةُ تُعتِقُ فوَلاؤُه لها.

قَولُه: (فوَلاؤُه له) أي يَعقِلُه ويَرِثُه؛ لأنه بالإعتاق أحياه حُكمًا، فإنه لا يَملِكُ المالَ قبل[2] العَتق، كالمَيْت.

وأيَّدَ هذا قَولُ النبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لن يَجزِيَ وَلَدٌ والِدَه...»[3] الحَديثَ، نَفى كَونَه مُجازِيًا إلا بالإعتاق؛ لأنه سَبَبٌ لإيجاده، ولا يُمكِنُ أن يَصيرَ الوَلَدُ سَبَبًا لإيجاده إلا بهذا الطَّريقِ، فلا يَكونُ مُجازِيًا له إلا بذلك أيضًا.

والمُسَبِّبُ للإحياء من حيث الحَقيقةُ بالإيلاد يَستَحِقُّ المِيراثَ، فكذا المُسَبِّبُ للإحياء من حيث الحُكمُ أُلحِقَ به.

=قال عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَولى القومِ منهم، وحَليفُهم منهم».

والمُرادُ بالحَليف: مَولى المُوالاةِ؛ فإنهم كانوا يُؤكِّدون المُوالاةَ بالحَلِف، ولِمَعنى التَّناصُرِ أثبَت الشَّرعُ حُكمَ التَّعاقُلِ بالوَلاء، وبَنى على ذلك حُكمَ الإرثِ، إلا أن الإرثَ بوَلاء العَتاقةِ أقوى؛ لكَونه مُتَفَقًا عليه. انتهى.

قلت: روى الإمام أحمد (١٨٩٩٢) مرفوعًا: «مولى القوم منهم، وابن أختهم منهم، وحليفهم منهم».

وروى الدارمي (٢٥٧٠) والبزار (٨١٢٤) والطبراني ١٢/١٧ مرفوعًا واللفظ للأول: «مولى القوم منهم، وحليف القوم منهم، وابن أخت القوم منهم».

وروى شطره البخاري (٦٧٦١) بلفظ: «مولى القوم من أنفسهم»، والنسائي (٢٦١٢) بلفظ: «وإن مولى القوم منهم».

(١) رواه الستة: البخاري (٤٥٦)، ومسلم (١٥٠٤)، وأبو داود (٢٩١٥)، والترمذي (٢١٢٤)، والنسائي (٢٦١٤)، وابن ماجه (٢٠٧٦).

(٢) في (و): فبقي.

(٣) تقدم تخريجه.

وعن هذا: قال الحَسَنُ: إنَّ المَولى[1] الأسفَلَ يَرِثُ من الأعلى، كما يَرِثُ الأَعلى من الأسفل[2]؛ لأنه مُلحَقٌ بالنَّسَب، والنَّسَبُ يُوجِبُ الميراثَ من الطَّرَفَين، فكذا الوَلاءُ.

ولنا: قَولُه عَلَيْهِ السَّلَامُ: «الوَلاءُ لمن أَعتَق»، ذَكَره بالأَلِف واللَّامِ، وإنه للجِنس، فيُبقي ذلك ثُبوتَ الوَلاءِ لغير المُعتِق.

ولأنه عَلَيْهِ السَّلَامُ قال: «كنتَ أنتَ عَصَبتَه»[3]، والمَوضِعُ مَوضِعُ الحاجةِ إلى البَيان، فسُكوتُه عن البَيان في الجانِب الآخَرِ دَلَّ على أنه لا يَرِثُ.

وإن شَرَط أنه سائِبةٌ: فالشَّرطُ باطِل؛ لأنه خِلافُ النَّصِّ[4].

عبدٌ[5] سائِبةٌ: أي مُعتَقٌ لا وَلاءَ بينهما.

قَولُه: (لأنه خِلافُ النَّصِّ) يَحتَمِلُ قَولَه تعالى: ﴿مَا جَعَلَ ٱللَّهُ مِنۢ بَحِيرَةٍ وَلَا سَآئِبَةٍ﴾ [المائدة:١٠٣]، وقد قيل في تَأويله: كان الرَّجُلُ إذا أَعتَق عَبدًا قال: (هو سائِبةٌ)، فلا عَقلَ بينهما، ولا ميراثَ[6]، كذا ذَكَره في «الكَشَّاف».

ويَحتَمِلُ الحَديثَ المَذكورَ في المَتن، فقد رُوِي أن عائشةَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهَا أرادَت أن تَشتَرِيَ بَريرةَ وتُعتِقَها، وكان مَواليها شَرَطوا أن يكونَ الوَلاءُ لهم، فسألت النبيَّ

(١) في (هـ) و(و): مولى.

(٢) قوله: (من الأسفل) مثبت من (و).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) أي الحديث السابق.

(٥) في (و): عبده.

(٦) قال ابن الأثير في «جامع الأصول» ٩/ ٦٣٥: السائبة: كان الرجل في الجاهلية إذا أعتق عبدًا فقال: هو سائبة.. فلا عقل بينهما ولا ميراث، وأصله: من تسييب الدواب، وهو إرسالها حيث شاءت.

صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: «أعتِقيها؛ فإن الوَلاءَ لمن أَعتَق»[1]، وأَثبَت الوَلاءَ للمُعتِق، وأَبطَل الشَّرطَ.

وإذا أَدَّى المُكاتَبُ: عَتَق، ووَلاؤُه للمَولى؛ لأن المَولى أعتقَه.

وإن عَتَق بعد مَوتِ المَولى: فكذلك[2].

وإن مات المَولى: عَتَق مُدَبَّروه وأُمَّهاتُ أَولادِه، ووَلاؤُهم له؛ لأنه أعتَقَهُم بالتَّدبير أو الاستيلاد.

قَولُه: (لأن المَولى أَعتَقه) أي بالكِتابة السَّابِقة، فأشبَه العَتقَ المُعلَّقَ بالشَّرط.

ومَن مَلَك ذا رَحِمٍ منه: عَتَق عليه، ووَلاؤُه له؛ لأن شِراءَ القَريبِ إعتاقٌ.

قَولُه: (ومن مَلَك ذا رَحِمٍ مَحرَمٍ...) إلى آخِره.

فإن قيل: المُدَّعَى عامٌّ، والدَّليلُ خاصٌّ.

قُلنا: شِراءُ القَريبِ إنَّما صار إعتاقًا باعتِبار أنَّه سَبَبُ المِلكِ، والمِلكُ في القَريب إعتاقٌ، فثَبَت[3] الحُكمُ في الأسباب الأُخَرِ؛ لأن المِلكَ مَوجودٌ، وهو المُؤثِّرُ في ثُبوت العِتق.

وإذا تَزوَّج عبدٌ لرَجُلٍ أمةً لآخَرَ، فأعتَق مَولى الأَمةِ الأَمةَ وهي حامِلٌ من العَبد: عَتَقت، وعَتَق حَمْلُها تَبَعًا للأُم، ووَلاءُ الحَمْلِ لمَولى الأُمِّ لا يَنتَقِلُ عنه أبَدًا؛ لأنه مُعتِقُه حَقيقةً، والوَلاءُ لمن أعتَق.

(١) رواه الستة: البخاري (٤٥٦)، ومسلم (١٥٠٤)، وأبو داود (٢٩١٥)، والترمذي (٢١٢٤)، والنسائي (٢٦١٤)، وابن ماجه (٢٠٧٦).

(٢) في (ب) حاشية مصححة: فوَلاؤُه لورَثة المَولى.

(٣) في (هـ): فتغير.

وإن وَلَدت بعد عَتقِها لأكثرَ من سِتّة أشهُرٍ ولَدًا: فوَلاؤه لِمَولى الأمّ؛ لأنه تعذَّرَ إثباتُه من الأب.

الأصلُ أن العِتقَ متى ثَبَت قَصدًا لا يَنتَقِلُ الوَلاءُ، ومتى ثَبَت بطَريق السِّرايةِ يَنتَقِلُ.

ففي المَسألة الأُولى -وهو ما إذا وَلَدت بعد عَتقِها لأقَلَّ من سِتّة أشهُرٍ-: عَتَق الوَلَدُ قَصدًا، لا بطَريق السِّرايةِ، تَبَعًا للأمّ[1]؛ لأن الحَملَ جُزءٌ منها، فإذا وَقَع العَتقُ عليها[2]: فقد أُوقِع عليه أيضًا، كسائِر أجزائِها.

وفي المَسألة الثّانيةِ -وهو ما إذا وَلَدت بعد عَتقِها لأكثَرَ من سِتّة أشهُرٍ-: عَتَق الوَلَدُ بطَريق السِّرايةِ تَبَعًا للأمِّ؛ لأنّا لم نَتيقَّن بقِيامه[3] وَقتَ الإعتاقِ حتى يَعتِقَ مَقصودًا[4]، وهذا لأنه يَحتَمِلُ أن الوَلَدَ حَدَث بعد العَتقِ، ويَحتَمِلُ أنه حَدَث قبل العَتقِ، فلا يَعتِقُ بالإيقاع المُقدَّمِ بالشَّكِّ، فيَعتِقُ تَبَعًا للأمِّ، فإذا تَبِعها في العِتق يَتبَعُها في الوَلاءِ أيضًا؛ لأنه تَعذَّرَ إثباتُه من الأب؛ لأنه لا عاقِلةَ للأب.

فإن أُعتِق الأَبُ[5]: جَرّ ولاءَ ابنِه، وانتَقَل عن مَولى الأمّ إلى مَولى الأَب؛ لأن الوَلاءَ لُحمةٌ كلُحمةِ النَّسَب[6]، والنَّسَبُ إلى الآباء، وإنما يكون إلى الأُمّهات عند

(١) قوله: (لا بطريق السراية تبعا للأم) مثبت من (و).

(٢) في (هـ): عليهما.

(٣) أي بقيام الولد أي بوجوده. «البناية» ١١/ ١١.

(٤) كما في الفصل الأول، فلا جرم عتق تبعًا لها. «البناية» ١١/ ١١.

(٥) كذا في نسخة في (أ)، وفي الباقي: العبد. وانظر «الهداية» ٣/ ٢٦٨.

(٦) هذا لفظ حديث رواه الإمام الشّافعي (٢٣٧) بترتيب السندي، والدارمي (٤٩٥٠)، والحاكم (٧٩٩٠)، والبيهقي (١٢٣٨١). ومعنى الحديث كما في «النهاية» لابن الأثير ٤/ ٢٤٠: المخالطة في الولاء، وأنها تجري مجرى النسب في الميراث، كما تخالط اللُّحمة سَدى الثوب، حتى يصيرا=

الضَّرورةِ وقد زالَت.

«الوَلاءُ لُحمةٌ كلُحمة النَّسَبِ» أي خُلطَةٌ ووُصلةٌ كوُصلة النَّسَبِ.

قاس الوَلاءَ[1] بالنَّسَب، والنَّسَبُ إلى الآباء، فكذا الوَلاءُ يكونُ إليهم، وإنما كان النَّسَبُ إلى الآباء بقَوله تعالى: ﴿ٱدۡعُوهُمۡ لِأٓبَآئِهِمۡ﴾ [الأحزاب:٥].

(وإنما يكون للأُمَّهات عند الضَّرورةِ) لعدَم أهليّةِ الأبِ، فإذا صار أهلًا وزالت الضَّرورةُ: عاد الوَلاءُ إليه.

فإن قيل: الوَلاءُ كالنَّسَب، فيَنبَغي أن لا يَنفَسِخَ بعد ثُبوته، كهُوَ[2].

قيل: إنه لا يَنفَسِخُ، لكن حَدَثَ وَلاءٌ أَولى منه، فقُدِّم عليه، كما إذا حَدَثَ[3] من هو أَولى من الأخ في المِيراث: لا يُبطِلُ بَعضيَّتَه[4]، لكنه يُقدَّمُ عليه.

عَجَمِيٌّ تَزَوَّج بمُعتَقة العَرَب، فولَدت له أولادًا، فوَلاءُ ولَدِها لمَولاها عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن العِتْقَ وُجِد في الأُم، والوَلاءُ لمن أَعتَق، وعندهما: للأَب[5].

(عَجَميٌّ تَزوَّج بمُعتَقة العَرَب ...) إلى آخِره: صورةُ المَسألةِ: حُرٌّ عَجمِيٌّ ليس بمُعتَقٍ لأحَدٍ، ولم يُوالِ أحَدًا، تَزوَّج مُعتَقةَ إنسانٍ... عُرِف بإشارات[6] «المَبسوط»[7].

=كالشيء الواحد؛ لما بينهما من المداخلة الشديدة.

(١) في (هـ): فأثبتوا الولاء.

(٢) في (و): له.

(٣) في (هـ) و(ز): أحدث.

(٤) في (و): بعضه.

(٥) في (ب) زيادة هنا: (كما لو كانا مُعتِقَين، أو كان الأبُ غَريبًا).

(٦) في (و): بإشارة.

(٧) وبَسْطُ المسألة كما في «المبسوط» ٨/ ٨٨: وإذا كانت الأم معتقة إنسان، والأب حر مسلم=

وقد قال في «الهِداية»: الخِلافُ في مُطلَق المُعتَقةِ[1]، والوَضعُ في مُعتَقة العَرَبِ وَقَع اتِّفاقًا[2].

ثم اعلَم أنَّ مُحمَّدًا مع أبي حنيفةَ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ، كذا ذُكِر في «الأصل».

لأبي يوسفَ رَحِمَهُٱللَّهُ: أن الوَلاءَ ضَربٌ من التَّعصيب، فيَختَصُّ بالأب، كما إذا كان الأبُ عَرَبيًّا.

ولهما: أنَّ الأبَ لو كان عَبدًا كان وَلاءُ وَلَدِه لموالي أُمِّه؛ لأنه لا عاقِلةَ لأبيه، كذا هنا[3].

=نبطي، لم يعتقه أحد، فالولد مولًى لموالي الأم في قول أبي حنيفة ومحمد رَحِمَهُمَاٱللَّهُتَعَالَىٰ، وكذلك إن كان الأب والى رجلًا، وعند أبي يوسف رَحِمَهُٱللَّهُتَعَالَىٰ: في الفصلين لا يكون الولد مولًى لموالي الأم، ولكنه منسوب إلى قوم أبيه. انتهى، وذلك لأنه كالنسب والنسب إلى الآباء. «البناية» ١١/ ١٦.

(١) وإنما قال ذلك: لأن محمدًا رَحِمَهُٱللَّهُ ذكر المعتَقة مطلقًا، حتى لو تزوج بمعتقة غير العربي كان كذلك، فكان وضع القدوري في معتَقة العرب اتفاقيًّا، وذكر لفظ «الجامع الصغير» لبيان أن محمدًا رَحِمَهُٱللَّهُ ذكر المعتقة مطلقًا، ولاشتماله على ولاء الموالاة، وذلك واضح في الكتاب. «العناية» ٩/ ٢٢٥.

(٢) أي وَضْع القدوري هذه المسألة في «مختصره» بقوله: (ومن تزوج من العجم بمعتقة العرب) وقع على سبيل الاتفاق لا القصد. «البناية» ١١/ ١٨.

(٣) فالحاصل: أن الأبوين إذا كانا حرين أصليين بالمعنى الثاني: فلا ولاء على الولد.

وإذا كانا معتقين أو في أصلهما معتَق: فالولاء لقوم الأب.

وإذا كان الأب معتقًا أو في أصله معتَق والأمُّ حرةَ الأصل بذلك المعنى، سواء كانت عربية أو لا: فلا ولاء على الولد لقوم الأب.

وإذا كانت الأم معتَقةً والأب حرَّ الأصل بذلك المعنى.. فإن كان عربيًّا: فلا ولاء على الولد لقوم الأم، وإن كان غير عربي: فعند أبي حنيفة ومحمد: يكون لقوم الأم عليه ولاء، خلافًا لأبي يوسف.=

وَوَلاءُ العَتاقةِ تَعصيبٌ؛ لقول النَّبِيِّ عَلَيْهِ السَّلَامُ لذلك الرَّجُلِ الذي اشتَرى عَبدًا فأعتَقَهُ فقال: «هو أَخوكَ ومَولاك، إن[1] شَكَرَكَ فهو خَيرٌ له وشَرٌّ لك، وإن كَفَرَكَ فهو شَرٌّ له وخَيرٌ لك، وإن مات ولم يَترُك وارِثًا: كنتَ أنتَ عَصَبتَه»[2].

قَولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «هو أخوك...» أي في الدِّين، قال الله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوٓا۟ ءَابَآءَهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ فِى ٱلدِّينِ﴾ [الأحزاب:٥].

وقَولُه: «فإن شَكَرك» أي بالمُجازاة على ما صَنَعتَ إليه.

«فهو خَيرٌ له» لأنه انتَدَب إلى ما نُدِب إليه في الشَّرع، قال النبيُّ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «من أُزِلَت[3] إليه نِعمةٌ فلْيَشكُرها»[4].

=«الدرر» ٢/ ٣٥.

(١) في (ب): فإن.

(٢) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٥٣: رواه الدارمي في «مسنده» (٣٠٥٥) أخبرنا يزيد بن هارون عن الأشعث عن الحسن: أن رجلًا أتى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ برجل، فقال: إني اشتريت هذا فأعتقته، فما ترى فيه؟ قال: «أخوك ومولاك، إن شكرك فهو خير له وشر لك، وإن كفرك فهو شر له، وخير لك»، قال: فما ترى في ماله؟ قال: «إن مات ولم يدع وارثًا فلك ماله». انتهى، ورواه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٦٢١٤) أخبرنا ابن عيينة عن عمرو بن عبيد عن الحسن قال: أراد رجل أن يشتري عبدًا، فلم يُقض بينه وبين صاحبه بيعٌ، وحلف رجل من المسلمين بعتقه، فاشتراه فأعتقه، فذكره للنبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: «إن شكرك فهو خير له وشر لك، وإن كفرك فهو شر له وخير لك»، قال: فكيف بميراثه؟ فقال عَلَيْهِ السَّلَامُ: «إن لم تكن له عصبة فهو لك». انتهى.

(٣) في (هـ): أولت، وفي (و): أوليت. والزَّلَّة: اسم العطية، يقال أزللت إليه إزلالًا: إذا أعطيته أو أسديت إليه صنيعًا، وفي الحديث: «من أُزِلَّت إليه نعمةٌ فليشكرها»، أي من صنعت عنده نعمة، وقال ابن القطاع أيضًا: أزللت إليه من الطعام وغيره: أي أعطيته، وعلى هذا فالقياس أن يكون اللازم زَلَّ يَزِلُّ، من باب ضرب، إذا أخذه، وعليه قول الفقهاء: ويَزِلُّ إن علم الرضا، أي يأخذ من الطعام. «المصباح» ١/ ٢٥٤.

(٤) رواه البيهقي في «الشعب» (٨٦٩٤) -ولفظه في المطبوعة: أزلقت-، والقضاعي (٣٧٦)،=

«وشَرٌّ لك» لأنه يَصِلُ إليك بعضُ الثَّوابِ في الدُّنيا، فيَنتَقِصُ بقَدْره من ثَوابِك في الآخرة.

«وشَرٌّ له» لأنَّ كُفرانَ النِّعمةِ مَذمومٌ، قال عَلَيْهِ السَّلَامُ: «مَن لم يَشكُرِ النَّاسَ لم يَشكُر اللهَ تعالى[1]»[2].

والمُرادُ من قَولِه: «ولم يَترُك وارِثًا» العَصَبةُ، وسَنُبيِّنُه في الفَرائض إن شاء اللهُ تعالى.

فإن كان للعَتيقِ عَصَبةٌ من النَّسَب: فهو أَولى من المُعتِق، وإن لم يكن له عَصَبةٌ من النَّسَب: فميراثُه للمُعتِق؛ لأن النبيَّ عَلَيْهِ السَّلَامُ جَعَلهُ عَصَبةً إذا لم يَترُكِ المَيْتُ[3] وارثًا[4].

فإن مات المَولى ثم مات المُعتَق: فميراثُه لبَني المَولى دون بَناتِه؛ للحديث المَرفوع[5]: «ليس للنِّساء من الوَلاء[6] إلا ما أَعتَقن، أو أَعتَق من أعتَقن، أو كاتَبنَ أو كاتَب من كاتَبن، أو دبَّرن أو دَبَّر من دَبَّرن، وجرَّ وَلاءَ مُعتَقِهِنَّ»[7].

=والخرائطي في «فضيلة الشكر» (٩٢)، ورواه مسدد في «مسنده» -كما في «المطالب العالية» (١١/ ٥٦١)- بلفظ: «من أُزِلّت إليه نعمة من الحق فعليه أن يجزي بها، فإن لم يكن عنده جزاؤها فليظهر الثناء، فإن لم يفعل فقد كفر». وأراد بقوله: «فقد كفر» كفران النعمة، كما في «شرح السنة» للبغوي ١٣/ ١٨٦.

(١) مثبتة من (ز).

(٢) رواه الإمام أحمد (٧٥٠٤)، والترمذي (١٩٥٥).

(٣) في (أ): العتيق.

(٤) كما في الحديث السابق.

(٥) في نسخة في (أ): المعروف.

(٦) في (أ) زيادة: شيء.

(٧) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٥٤: غريب، وأخرجه البيهقي (٢١٥١١) عن علي، وعبد الله،=

قَولُه: (أو دَبَّرنَ، أو دَبَّر مَن دَبَّرن): أي إذا دَبَّرت المَرأةُ مملوكَها ثمَّ ارتَدَّت -والعِياذُ بالله- ولَحِقت بدار الحَربِ: يَعتِقُ المُدبَّر، ثمَّ إذا جاءت مُسلِمةً: يَكونُ وَلاءُ المُدبَّرِ لها.

وكذا إذا دَبَّرت المَرأةُ عبدَها وارتَدَّت -والعِياذُ بالله-، وحَكَم الحاكِمُ بعِتق مُدبَّرِيها، ثمَّ عادت مُسلِمةً إلينا، فاشتَرى مُدبَّرُها الَّذي عَتَق بسبب ارتدادِها ولُحوقِها عبدًا، ودَبَّره ومات، ثمَّ مات المُدبَّرُ الثَّاني ولا وارِثَ له إلَّا المُدبَّرةُ: فوَلاؤُه لها. هكذا نُقِل عن المَشايخ.

وصورةُ الجَرِّ: امرأةٌ اشتَرت عبدًا، فتزوَّج العَبدُ مُعتَقةً بإذنها، فحَدَث منها أولادٌ: فإنَّ وَلاءَ الأولادِ لمَوالي الأُمِّ؛ لأنَّ الأبَ عبدٌ، فلو[1] أنَّ المَرأةَ أعتَقت العبدَ جَرَّ هذا العَبدُ المُعتَقُ وَلاءَ وَلَدِه إلى نَفسه، ثمَّ جَرَّت المَرأةُ إلى نَفسها. كذا في «المَبسوط».

ثم قَولُه: (فميراثُه لبَني المَولى) لا يَقتَضي أن يكونَ حُكمُ ميراثِ المُعتَقِ مَقصورًا على بَني المَولى، بل هو لعَصَبته، الأقرَبِ فالأقرَبِ.

وإذا تَرَكَ المَولى ابنًا وأولادَ[2] ابنٍ آخَرَ: فميراثُ المُعتَق للابنِ دون بَني الابن؛ للحَديث[3]: (الوَلاءُ للكُبرِ)[4].

=وزيد بن ثابت، رَضِيَ اللهُ عَنهُم: أنهم كانوا يجعلون الولاء للكُبر من العصبة، ولا يورثون النساء إلا ما أعتقن، أو أعتق من أعتقن.

(١) في (ح): ولو.

(٢) في (أ): وابن.

(٣) في نسخة (أ) في: للحديث المرفوع.

(٤) لم أقف عليه مرفوعًا، وروى الإمام محمد في «الأصل» ٦/ ٣٥٣: عن أبي يوسف عن الأعمش عن إبراهيم النخعي عن عبد الله بن مسعود وزيد بن ثابت رَضِيَ اللهُ عَنهُما أنهما قالا: الولاء للكُبْر.=

وقَولُه: (وأولادَ ابنِ آخَرَ) مَعناهُ: ابنٌ آخرَ، بدَليل قَولِه: (دون بَني الابنِ).

رُوِي عن بعض الصَّحابةِ رَضِيَ اللهُ عَنهُم أنهم قالوا: الوَلاءُ للكُبر.

فقيل: أي لأكبَر البَنينِ.

وعندنا: المُرادُ بالكُبر: القُربُ، يعني إنَّ أَقرَبَ البَنين أَولى باستِحقاق الميراثِ بالوَلاء، حتى إذا مات المُعتَقُ عن ابنٍ وابنِ ابنٍ: فالوَلاءُ للابنِ خاصةً، وكذا إذا مات عن ابنِ ابنٍ، وابنِ ابنِ ابنٍ: فالميراثُ لابن الابنِ خاصّةً؛ لأنه أقرَبُ، فكان المُرادُ أقربَهم نَسَبًا لا أكبَرَهم سِنًّا؛ لِمَا أن الكُبرَ بالضَّمِّ يُستَعمَلُ في الحال، وبالكَسر في السِّنِّ.

وذَكَر أبو نَصرٍ: هذا خَرَج مَخرَجَ العادةِ؛ فإن الابنَ يَكونُ أكبَرَ من ابن الابنِ في أعَمِّ الأحوالِ.

وقَولُه: (للحَديث) مع أن هذا مَرويٌّ عن الصَّحابة رَضِيَ اللهُ عَنهُم: على ما ذَكَرنا أنَّ هذا ممّا لا يُعرَف رَأيًا، فالأَثَرُ منهم كالخَبَر.

= وروى عن يعقوب عن الحسن بن عمارة عن الحكم عن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن مسعود وأبي بن كعب وزيد بن ثابت وأبي مسعود الأنصاري وأسامة بن زيد رَضِيَ اللهُ عَنهُم أنهم قالوا: الولاء للكُبْر.

وروى الدارمي (٣٠٦٥) عن الشعبي عن عمر وعلي وزيد -قال: وأحسبه قد ذكر عبد الله أيضًا- أنهم قالوا: الولاء للكُبْر. يعنون بالكبر: ما كان أقرب بأب أو أم.

ورواه عبد الرزاق (١٦٢٣٨) عن عمر وعلي وزيد، وابن أبي شيبة (٣١٥٥٩) وما بعده عن عمر وعلي وعبد الله وزيد، والبيهقي (٢١٤٩٣) عن عمر وعثمان رَضِيَ اللهُ عَنهُمَا، وأيضًا (٢١٤٩٦) عن علي وعبد الله وزيد.

فصلٌ ﴿في وَلاءِ المُوالاةِ﴾

فصل

اعلَم أن وَلاءَ المُوالاةِ يَصِحُّ بشَرائِطَ:

منها: أن يكونَ المَولى من غير العَرَبِ؛ لأن العَرَبِيَّ له نُصرةٌ بنَفسه إلى قَبيلَته، وذلك آكَدُ من نُصرة المُوالاةِ.

ومنها: أن لا يكونَ مُعتَقًا.

ومنها: أن يُشتَرَط[1] الميراثُ والعَقلُ.

ومنها: أن يكونَ لم يَعقِل عن غيره.

ومنها: الإسلامُ على يَده عند البَعض، والصَّحيحُ أن ذا ليس بشَرطٍ.

ثم اعلَم أن وَلاءَ المُوالاةِ يُخالِفُ وَلاءَ العَتاقةِ في فُصولٍ:

أحَدُها: أن في وَلاء المُوالاةِ يَتوارَثان من الجانِبَين إذا اتَّفَقا على تَوريث كلِّ واحِدٍ منهما صاحِبَه، بخِلاف وَلاءِ العَتاقةِ[2].

والثَّاني: أن وَلاءَ المُوالاةِ يَحتَمِلُ النَّقضَ، ووَلاءَ العَتاقةِ لا يَحتَمِلُه.

---

(١) في (و): يشترطا.

(٢) فإن الميراث من طرف واحد وهو ميراث المعتِق من المعتَق.

والثَّالِثُ: أنه مُؤَخَّرٌ عن ذَوي الأرحامِ، ووَلاءُ العَتاقةِ مُقدَّمٌ على ذَوي الأرحامِ.

وإذا أَسلَمَ رَجُلٌ على يَد رَجُلٍ، ووَالاهُ على أن يَرِثَه إن مات، ويَعقِلَ عنه إذا جَنى، أو أَسلَم على يَد غيرِه ووَالاه: فالوَلاءُ صَحيحٌ، وعَقْلُه على مَولاه؛ لأنه التزَم ذلك.

فإن مات ولا وارِثَ له: فميراثُه للمَولى.

وهو مُؤَخَّرٌ عن ذوي الأَرحام[1]؛ لقوله تعالى: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِۚ﴾ [الأنفال:٧٥]، وقال الله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَٰنُكُمْ فَـَٔاتُوهُمْ نَصِيبَهُمْۚ...﴾ الآيةَ [النِّساء:٣٣].

وإن كان له وارِثٌ: فهو أَولى منه[2].

قَولُه تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ عَاقَدَتْ[3] أَيْمَٰنُكُمْ فَـَٔاتُوهُمْ نَصِيبَهُمْۚ﴾ [النِّساء:٣٣]: يعني نَصيبَهم من الميراث، والمُرادُ عَقدُ المُوالاةِ، بدَليل ما سَبَق في الآية: ﴿وَلِكُلٍّ جَعَلْنَا مَوَٰلِيَ مِمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَۚ﴾ [النِّساء:٣٣]، وكان المُرادُ من ذلك بيانَ النَّصيبِ على

---

(١) العبارة في (أ) و(ب): (وهو آخر ذوي الأرحام). وبكلهما وردت عبارات المتون والشروح.

(٢) هذه الفقرة غير مثبتة في (أ).

(٣) قال في «إتحاف فضلاء البشر» ص٢٤٠: واختلف في ﴿عَاقَدَتْ﴾ فعاصم وحمزة والكسائي وكذا خلف: بغير ألف، وافقهم الأعمش، أسند الفعل إلى الأيمان وحذف المفعول، أي عهودهم، والباقون بالألف من باب المفاعلة، أي ذوو أيمانكم ذوي أيمانهم، أو تجعل الأيمان معاقِدة ومعاقَدة، والمعنى: عاقدتهم وماسحتهم أيديكم، كان الحليف يضع يمينه في يمين صاحبه ويقول: دمي دمك وثاري ثارك وحربي حربك وترثني وأرثك، فكان يرث السدس من مال حليفه، فنسخ بقوله تعالى: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ﴾ إلخ، وعن المطوعي تشديد القاف. انتهى.

سَبيل الاستِحقاقِ إرثًا، لا على سَبيل المَعونةِ والبِرِّ ابتِداءً، فكذلك المُرادُ بما جَعلَه مَعطوفًا عليه؛ لأنَّ حُكمَ المَعطوفِ حُكمُ المَعطوفِ عليه.

وليس المُرادُ بقَوله: ﴿وَٱلَّذِينَ عَقَدَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ﴾ [النِّساء:٣٣] القَسَمَ، بل المُرادُ الصَّفْقةُ؛ فإنَّ العادةَ أنَّ المُتعاقِدَينِ يَأخُذُ كلُّ واحِدٍ منهما بيَمين صاحِبِه إذا عاقَده، ويُسَمّى العَقدُ صَفقةً لهذا.

وذُكِر في «المَبسوط» البَكريِّ: أنَّ اللهَ تعالى جَعَل وَلاءَ المُوالاةِ سَبَبًا للتَّوريث بلا تَفصيلٍ بين أن يكونَ للمَيْت وارِثٌ آخَرُ أو لم يكن، إلا أنه نُسِخ في حَقِّ من كان له وارِثٌ آخَرُ بقَوله تعالى: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلۡأَرۡحَامِ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلَىٰ بِبَعۡضٖ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِۚ﴾ [الأنفال:٧٥]، ولا ناسِخَ في حَقِّ من لا وارِثَ له، فبَقي داخِلًا تحت ظاهِرِ الآيةِ.

قَولُه تعالى: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلۡأَرۡحَامِ﴾: أي أُولو القَرابات أَولى بالميراث(١) بالوِلاية في الدِّين.

كان المُسلِمون في صَدر الإسلامِ يَتوارَثون بالوِلاية في الدِّين وبالهِجرة، لا بالقَرابة، ثم نُسِخ ذلك لَمّا دَحا(٢) الإسلامُ وعَزَّ أهلُه(٣).

---

(١) في (و): بالتوارث.

(٢) في (و): دخل، وفي (ز): حل. والمعنى: بسط الإسلام حكمه وانتشر. والبسط: الدحو، كما في «المصباح» ١/ ١٩٠.

(٣) روى البخاري (٦٧٤٧) عن ابن عباس: ﴿وَلِكُلّٖ جَعَلۡنَا مَوَٰلِيَ﴾ ﴿وَٱلَّذِينَ عَٰقَدَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ﴾ قال: كان المهاجرون حين قدموا المدينة يرث الأنصاري المهاجري دون ذوي رحمه، للأخوة التي آخى النبي صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ بينهم، فلما نزلت: ﴿وَلِكُلّٖ جَعَلۡنَا مَوَٰلِيَ﴾ قال: نسختها: ﴿وَٱلَّذِينَ عَٰقَدَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ﴾.

﴿فِى كِتَـٰبِ ٱللَّهِ﴾ [الأنفال:٧٥]: في اللَّوح.

﴿مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ وَٱلْمُهَـٰجِرِينَ﴾ [الأحزاب:٦]: يَجوزُ أن يكونَ بَيانًا لأُولي الأرحامِ، أي الأقرباءُ من هؤلاء بعضُهم أَولى أن يَرِث بعضًا من الأجانب.

ويَجوزُ أن يكونَ لابتِداء الغايةِ، أي أُولو الأرحامِ بحَقِّ[1] القَرابةِ أَولى بالميراث من المؤمِنين بحَقِّ الوِلايةِ في الدِّين، ومن المُهاجِرين بحَقِّ الهِجرةِ.

ثم فائِدةُ إيرادِ هذه الآيةِ: لبَيان أنَّ مَولى المُوالاةِ مُؤخَّرٌ عن ذَوي الأرحامِ.

وللمولى أن يَنتَقِلَ عنه بوَلائه إلى غيره ما لم يَعقِل عنه؛ لأنه وَعدٌ في المُستَقبَل، ولم يَلْزَم.

قَولُه: (لأنه وَعدٌ) أي إنَّه وَعدٌ له مآلًا، فلا يَلزَمُ، كالوصيّة.

فإذا عَقَل عنه: لم يكن له أن يتَحَوَّلَ[2] بوَلائه إلى غيره؛ لأنه تَأكَّد، فلو انتَقَل بَطَل حَقُّه.

قَولُه: (لأنه تأكَّد) لأنَّه تَعلَّق به حَقُّ الغَيرِ، فصار بمَنزِلة عِوَضِ مالِه، فمَنَع الرُّجوعَ، كالعِوَض في الهِبة، ولأنه قَضى به القاضي.

وليس لمَولى العَتاقةِ أن يُواليَ أحَدًا؛ لأن سَبَبَ الوَلاءِ العِتقُ، وقد تأكَّد بحيث لا يَبطُل. واللهُ أعلمُ.

قَولُه: (وقد تَأكَّد بحيث لا يَبطُلُ) يعني لأنه لو ثَبَت وَلاءُ المُوالاةِ.. فإمَّا أن يَبطُلَ

---

(١) في (هـ): لحق.

(٢) في (أ): يتحول عنه.

وَلاءُ العَتاقةِ، وإنَّه لا يَجوزُ، أَوْ لا يَبطُلُ، وإنه لا يَجوزُ أيضًا؛ لأن وَلاءَ المُوالاةِ أَدنى، فلا يَظهَرُ مع الأَقوى.

ثم الأَيمانُ يُناسِبُ ما تَقدَّم، من حيث إنَّ الهَزْلَ[1] والإكراهَ لا يُؤثِّران في المَجموعِ[2]، واللهُ أعلَمُ بالصَّواب.

(١) في (و): العزل.

(٢) أي مجموع العتاق والأيمان.

كتابُ الأيمان

كتابُ الأيمانِ

اليَمينُ في اللُّغة: القُوّةُ، قال الشّاعِرُ[1]:

إذا ما رايةٌ رُفِعَت لمَجدٍ تَلقّاها عَرابةُ باليَمينِ

وفي الشَّرع: عِبارةٌ عن عَقدٍ وَرَد على الخَبَرِ في المُستَقبَل لتَحقيق الصِّدقِ منه قَولًا، لِما أنَّ الحالِفَ يَتقَوّى به على تَحصيل الشَّرطِ أو الامتِناعِ عنه.

الأَيمانُ على ثَلاثة أَضْرُبٍ:

قَولُه: (الأيمانُ على ثَلاثة أَضرُبٍ) لم يُرِد به عَدَد الأيمانِ؛ فإنَّ ذلك أكثرُ من أن يُحصَى، وإنَّما أراد أنَّ اليَمينَ بالله تعالى يَنقَسِمُ في أحكامها ثَلاثةَ أقسامٍ:

يَمينُ الغَموس: وهو الحَلِفُ على أمرٍ ماضٍ يَتعمَّدُ الكَذِبَ فيه.

يَمينُ الغَموسِ: كقَولهم: (عِلمُ الطِّبِّ)[2].

---

(١) هو الشَّمّاخ معقل بن ضرار الغطفاني، والبيت في «ديوانه» ص٩٧.

(٢) قال الإتراري: هذا من إضافة الجزء إلى نوعه، كقولهم علم الطب، فخرج منه الجواب عما يقال إن الموصوف لا يضاف إلى صفته وبالعكس. =

والغَمسُ: المَقْلُ، واليَمينُ الغَموسِ كأنَّها تَغمِسُ صاحِبَها في الإثم، فَعولٌ بمَعنى فاعِلٍ.

وقَولُه: (وهو الحَلِفُ على أمرٍ ماضٍ يَتعمَّدُ الكَذِبَ فيه) ليس على التَّحديد؛ لأنَّها تَتحقَّقُ في الحال، فقد ذَكَر[1] في «المَبسوط»: وهي المَعقودةُ على أمرٍ في الماضي أو الحال، يَتعمَّدُ صاحِبُها ذلك[2].

وهذه ليست بيَمينٍ حَقيقةً؛ لأن اليَمينَ عَقدٌ مَشروعٌ، وهذه كَبيرةٌ مَحضةٌ، ولكنَّه سُمِّيَ يَمينًا مَجازًا؛ لتَصوُّره بصورة اليَمينِ[3]، فلا تكونُ مُوجِبةً للكفَّارة.

وعند الشافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: تَنعقِدُ مُوجِبةً للكفّارة، فمن أَصله: مَحَلُّ اليَمينِ: نَفسُ الخَبَرِ، وشَرطُ انعِقادِها: القَصدُ الصَّحيحُ.

وعندنا: مَحَلُّ اليَمينِ: خَبَرٌ فيه رَجاءُ الصِّدقِ؛ لأنها تَنعقِدُ مُوجِبةً للبِرِّ، ثم تَجِبُ الكَفَّارةُ عندفَواتِ البِرِّ خَلَفًا عنه، والخَبَرُ الذي لا يُتصوَّرُ فيه الصِّدقُ لا يكونُ مَحَلًّا لليَمين.

= وقال الكاكي: الأصح من النحاة: اليمين الغموس، من صفة لليمين، وما قيل إنه من إضافة الجنس إلى نوعه كعلم الطب: غير صحيح؛ لأن الطب ليس بصفة. «البناية» ٦/ ١١١.

قال في «الفتح» ٥/ ٦٠: والأصح من النسخ: اليمين الغموس، على الوصف لا الإضافة، أو يمينٌ غموسٌ، وأما يمين الغموس: فإضافة الموصوف إلى صفته، وهي ممنوعة.

وما قيل هو كعلم الطب: رُدّ بأنه إضافة الجنس إلى نوعه؛ لأن الطب نوع لا وصف للمضاف، ومثل صلاة الأولى مقصور على السماع.

(١) في (هـ) و(ز): كذا ذكر.

(٢) من قوله: (وهي المعقودة) إلى هنا: مثبت من (و).

(٣) لأن ارتكاب هذه الكبيرة لاستعمال صورة اليمين، كما سمى رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بيع الحر بيعًا مجازًا؛ لأن ارتكاب تلك الكبيرة لاستعمال صورة البيع. «المبسوط» ٨/ ١٢٧.

يُحقِّقُه أن اليَمينَ إنَّما يُعقَد للحَظر أو الإيجابِ[1]، وذلك لا يَتحَقَّقُ في الماضي، والعَقدُ لا يَنعَقِدُ بدون مَحلِّه، كالبَيع وغيرِه.

ولأنَّ الكَفَّارةَ عُقوبةٌ من حيث إنها لا تَجِبُ إلا جَزاءً[2]، وعِبادةٌ من حيث إنَّها تَتأدَّى بالصَّوم، فيَستَدعي شيئًا مُتَرَدِّدًا بين الحَظرِ والإباحةِ، وهي المُنعَقِدةُ؛ لأنها باعتِبار تَعظيمِ حُرمةِ اسمِ اللهِ تعالى مُباحٌ، وباعتِبار هَتْكِ هذه الحُرمةِ بالحِنث مَحظورٌ؛ لأنَّ الكَذِبَ بدون الاستِشهادِ بالله تعالى مَحظورٌ مَحضٌ، فمعه أولى، فلا يَصلُحُ سَبَبًا للكَفَّارة؛ لِما عُرِف من اشتِراط المُلاءَمةِ بين الأسباب والمُسبَّبات، حتى كان المُباحُ المَحضُ سَبَبًا للعِبادات المَحضةِ، والمَحظورُ المَحضُ سَبَبًا للعُقوبات المَحضةِ.

فإن قيل: الغَموسُ مَكسوبُ القَلبِ؛ لأنها بالقَلب مَقصودةٌ، والمُؤاخَذةُ فيه ثابِتةٌ بالنَّصِّ.

قُلنا: المُرادُ بقَوله تعالى: ﴿وَلَكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٥] المُؤاخَذةُ بالوَعيد في الآخرة، وقد عُرِف.

وهذه اليَمين: يأثَمُ فيها صاحِبُها، ولا كَفَّارةَ فيها إلا التَّوبةُ والاستِغفارُ، قال عَلَيْهِ السَّلَامُ: «اليَمينُ الفاجِرةُ تَدَعُ الدِّيارَ بَلاقِع»[3]، وقال عَلَيْهِ السَّلَامُ: «خَمْسٌ من

(١) في (و): للحظر والإباحة.

(٢) في (و): جبرًا.

(٣) رواه الإمام الأعظم في «مسنده» -رواية أبي نعيم- ص٢٤٢، وابن راهويه (٢٤٢٥)، والبيهقي (١٩٨٧٠)، والقضاعي في «الشهاب» (٢٥٥).

ورواه بلفظ (الغموس) بدل (الفاجرة): الدولابي في «الأسماء والكنى» (٢٠٧٢)، والطبراني=

الكبائِرِ لا كَفّارةَ فيهنّ: الإشراكُ بالله، وعُقوقُ الوالِدَين والفِرارُ من الزَّحف، واليَمينُ الفاجِرة، وقَتْلُ النَّفسِ[1] بغير حَقّ»[2].

«الفاجِرةُ»: الكاذِبةُ، وهذا إسنادٌ مجازِيٌّ؛ لأن اليَمينَ لا تكونُ فاجِرةً، وإنَّما يكونُ الفُجورُ من صاحِبه، إلا أنَّ الشَّيءَ يُوصَفُ بِفِعل ما هو من سَبَبه، كالخَبَر الصَّادِقِ[3] وغيره[4].

=في «مسند الشاميين» (٢٥٤٣).

(١) في (أ): نفس.

(٢) ذكره بهذا اللفظ من أئمتنا: السرخسي ٨/ ١٢٨، وانظر «التعريف والإخبار» ٣/ ٦.

وروى الإمام أحمد (٨٧٣٧): «وخمس ليس لهن كفارة: الشرك بالله، وقتل النفس بغير حق، أو بهت مؤمن، أو الفرار يوم الزحف، أو يمين صابرة يقتطع بها مالًا بغير حق».

وقال البخاري في «صحيحه»: (باب قول الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشۡتَرُونَ بِعَهۡدِ ٱللَّهِ وَأَيۡمَٰنِهِمۡ ثَمَنٗا قَلِيلًا أُوْلَٰٓئِكَ لَا خَلَٰقَ لَهُمۡ فِي ٱلۡأٓخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ ٱللَّهُ وَلَا يَنظُرُ إِلَيۡهِمۡ يَوۡمَ ٱلۡقِيَٰمَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمۡ وَلَهُمۡ عَذَابٌ أَلِيمٞ﴾، وقوله جل ذكره: ﴿وَلَا تَجۡعَلُواْ ٱللَّهَ عُرۡضَةٗ لِّأَيۡمَٰنِكُمۡ أَن تَبَرُّواْ وَتَتَّقُواْ وَتُصۡلِحُواْ بَيۡنَ ٱلنَّاسِۚ وَٱللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٞ﴾، وقوله جل ذكره: ﴿وَلَا تَشۡتَرُواْ بِعَهۡدِ ٱللَّهِ ثَمَنٗا قَلِيلًاۚ إِنَّمَا عِندَ ٱللَّهِ هُوَ خَيۡرٞ لَّكُمۡ إِن كُنتُمۡ تَعۡلَمُونَ﴾، ﴿وَأَوۡفُواْ بِعَهۡدِ ٱللَّهِ إِذَا عَٰهَدتُّمۡ وَلَا تَنقُضُواْ ٱلۡأَيۡمَٰنَ بَعۡدَ تَوۡكِيدِهَا وَقَدۡ جَعَلۡتُمُ ٱللَّهَ عَلَيۡكُمۡ كَفِيلًاۚ﴾.

ثم قال العيني في «شرحه» ٢٣/ ١٩٤: ترجم البخاري بهذه الآيات إشارةً إلى أن اليمين الغموس لا كفارة فيها؛ لأنها لم تذكر فيها... وقال ابن بطال: وبهذه الآيات والحديث احتج الجمهور على أن الغموس لا كفارة فيها، لأنه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ذكر في هذه اليمين المقصود بها الحنث والعصيان، والعقوبة والإثم، ولم يذكر فيها كفارة، ولو كانت لذكرت كما ذكرت في اليمين المعقودة.

(٣) فالصادق هو صاحب الخبر.

(٤) كقوله تعالى: ﴿فِي عِيشَةٖ رَّاضِيَةٖ﴾، فإن الراضي هو العائش لا العيشة نفسها.

قَولُه: «تَدعُ الدِّيارَ بَلاقِعَ»: أي خاليةً عن أهلها، جَمعُ: بَلقَع، وهو المَكانُ الخالي.

ثم كلُّ واحِدٍ من النَّصَّين[1] يَدُلُّ على ثُبوت الإثمِ وانتِفاءِ الكَفّارةِ.

أمّا الثّاني: فظاهِرٌ.

وأمّا الأوَّلُ: فظاهِرُه يَقتَضي ثُبوتَ الإثمِ؛ لأنَّ تَخريبَ الدِّيارِ إما أن يكونَ بهَلاك أهلِها، أو بإخراجِهم عنها، وكلُّ ذلك عُقوبةٌ تَستَدعي سابِقَةَ الذَّنبِ، قال اللهُ تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُهْلِكِي ٱلْقُرَىٰٓ إِلَّا وَأَهْلُهَا ظَٰلِمُونَ﴾ [القصص:٥٩]، وقال: ﴿هُوَ ٱلَّذِيٓ أَخْرَجَ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ...﴾ [الحشر:٢] الآيةَ، وقال: ﴿وَلَوْ أَنَّا كَتَبْنَا عَلَيْهِمْ أَنِ ٱقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْ أَوِ ٱخْرُجُواْ مِن دِيَٰرِكُم﴾ [النساء:٦٦].

وهو دالٌّ على انتِفاء الكَفّارةِ أيضًا؛ لأنه لَمّا جَعَله بمَنزلة الكُفرِ في كون كلٍّ واحِدٍ منهما سَبَبًا للجَلاء: فلا يكونُ مُوجَبُهُ الكَفّارةَ.

والثّانِيةُ:

اليَمينُ المُنعَقِدة: وهو أن يَحلِفَ على أمرٍ في المُستَقبَل أن يَفعَلَهُ أوْ لا يَفعلَه.

فإذا حَنِثَ في ذلك: لَزِمَتهُ الكَفّارة؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَٰنَ فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ...﴾ الآيةَ [المائدة:٨٩].

والثّالثة:

يَمينُ اللَّغو: وهو أن يَحلِفَ على أمرٍ ماضٍ وهو يَظُنُّ أنه كما قال، والأمرُ بخِلافه.

(١) أي الحديثين السالفين في المتن.

وهذه اليَمينُ نَرجُو أن لا يُؤاخِذَ اللهُ تعالى بها صاحِبَها، قال الله تعالى: ﴿لَّا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِيٓ أَيْمَٰنِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٥]، وعن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: أن يَمينَ اللَّغو: (لا والله) و(بلى والله)[١].

ذَكَر في «الكَشّاف»: اللَّغوُ: السَّاقِطُ الذي لا يُعتَدُّ به من كَلامٍ وغيرِه.

واللَّغوُ من اليَمينِ: السَّاقِطُ الذي لا يُعتَدُّ به في الأَيمان.

والمُؤاخَذةُ: المُعاقبةُ.

وتَفسيرُ اللَّغوِ عندنا: أن يَقولَ: (واللهِ إنَّ هذا لزَيدٌ) وعندَه أنَّه زَيدٌ[٢]، فإذا هو عَمرٌو.

وعند الشافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ: هو قَولُ العَرَبِ: (لا واللهِ)، و(بلى الله)، ممّا يُؤكِّدون به كلامَهم، ولا يَخطرُ ببالهم الحَلِفُ، ولو قيل لواحِدٍ منهم: سَمِعتُك اليومَ تَحلِفُ في المَسجد الحَرامِ: لأنكَرَ ذلك، ولعَلَّه قال: (لا[٣] واللهِ) ألفَ مَرَّةٍ.

وذَكَر في «شَرح التَّأويلات»: قال بعضُهم: هي اليَمينُ التي لا يُؤاخَذُ بالإثم فيها ما[٤] لم يَقصِدها صاحِبُها، ولكنَّها جَرَت على لِسانه من غير قَصدٍ، وكان الأمرُ بخِلاف ما اعتَقَده وتَكلَّم به، وهو قولُ عائشةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، فإنها قالت: إنَّه قَولُ الرَّجُلِ: (لا واللهِ) و(بلى واللهِ).

---

(١) رواه البخاري (٤٦١٣).

(٢) في (و): عمرو.

(٣) سقطت من (و) و(ز). وانظر «الكشاف» ١/ ٢٦٨.

(٤) في (هـ) و(ز): بما.

وهذا إنَّما يكونُ في الماضي، فأما إذا جَرى على لِسانه من غير قَصدٍ وكان الأمرُ بخِلاف ما اعتَقَده في المُستَقبَل: فإنَّه لا يكونُ يَمينَ اللَّغوِ، ويَجِبُ فيه الكَفّارةُ.

فإن قيل: فما مَعنى تَعليقُ نَفيِ المُؤاخَذةِ بالرَّجاء، وهو مَنصوصٌ عليه، فيَكونُ مَقطوعًا به؟

قُلنا: نَعم! ولكنَّ صُورةَ تلك اليَمينِ مُختلَفٌ فيها، فإنَّما عَلَّق بالرَّجاء نَفيَ المُؤاخَذةِ في اللَّغو بالصُّورة[1] التي ذَكَرها، وذلك غير مَعلومٍ قَطعًا.

والعامِدُ[2] والمُكرَهُ والنّاسي فيه سَواءٌ.

النَّاسي في اليَمين: أن يَذهَبَ عن التَّلفُّظ باليَمين، ثم يَتذكَّرَ أنه تَلفَّظ بلَفظ اليَمينِ ناسِيًا، بأن يَقولَ لغَيره: (ألا تَأتينا؟)، فيَقولَ: (بَلى واللهِ) غيرَ قاصِدٍ لليَمين.

ومن فَعَل المَحلوفَ عليه ناسِيًا أو مُكرَهًا: يَحنَث؛ لأنه لا يَصِحُّ الرُّجوعُ عنه، والرِّضا بحُكمه ليس بِشَرط، بدليل انعِقادِ يَمينِ الهازِل.

الهَزْلُ[3]: اسمٌ لكَلام يكونُ على نَهج كَلامِ الصِّبيانِ، ولا يُراد به ما وُضِع له، وما صَلَح له اللُّفظُ استِعارةً.

وهو ضِدُّ الجِدِّ، وهو: أن يُرادَ بالشَّيء ما وُضِع له.

والإكراهُ: اسمٌ لِفعلٍ يَفعَلُه الإنسانُ بغَيره، فينتَفي به الرِّضا.

---

(١) في (ز): بالضرورة.

(٢) في (ب): والقاصِدُ.

(٣) في (ز): الهازل.

اعلَم أنَّ الأحكامَ على قِسمَين:

ما يَحتَمِلُ الفَسخَ ويتوقَّفُ على الرِّضا: كالبَيع والإجارةِ.

وما لا يَحتَمِلُ الفَسخَ ولا يتوقَّفُ على الرِّضا: كالطَّلاق، والعَتاقِ، والنَّذرِ، واليَمينِ.

وأَثَرُ الإكراهِ والهَزلِ في القِسم الأوَّلِ في جَعله فاسِدًا غيرُ مُوجِبٍ للمِلك.

ولا أثَر لهما في القِسم الثَّاني؛ لأنَّ تأثيرَهما في إعدام[1] الرِّضا، وذلك لا يَمنَعُ لُزومَ هذه التَّصرُّفاتِ؛ لأنَّ حُكمَ هذه التَّصرُّفاتِ لا يَحتَمِلُ الرَّدَّ والتَّراخيَ.

ألا تَرى أنه لا يَحتَمِلُ خِيارَ الشَّرطِ!

وإلى هذا أشار بقَوله: (لأنَّه لا يَصِحُّ الرُّجوعُ عنه، والرِّضا بحُكمه ليس بشَرطٍ)، وهذا دَليلٌ على أنَّ النَّاسِيَ والمُكرَهَ سَواءٌ في اليَمين، والدَّليلُ عليه: قَولُه: (بدَليل انعِقادِ يَمينَ الهازِلِ).

والمَحلوفُ عليه إذا وُجِد مُكرَهًا أو ناسِيًا: سَواءٌ؛ لأنَّ الشَّرطَ هو الفِعلُ، وقد وُجِد حَقيقةً، ولا يَنعدِمُ ذلك بالإكراه والنِّسيانِ.

---

(١) في (و): انعدام.

فصل ﴿فيما يعتبر يمينًا﴾

فصل

اليَمينُ بالله تَعالى، أو باسمٍ من أسماء اللهِ تعالى كالرَّحمن والرَّحيم، أو بصِفةٍ من صِفات اللهِ تعالى بما يُحلَفُ بها عُرفًا كعِزّة الله، وجَلالِه، وكِبريائِه: يَمينٌ؛ لأنه مِمّا يُحلَفُ به عادةً، وقال عَلَيْهِ السَّلَامُ: «لا تَحلِفوا بآبائكم ولا بالطَّواغيت، فمن كان منكم حالِفًا: فليَحلِف بالله أو لِيَذَر[(١)]»[(٢)].

اللهُ: عَلَمٌ لذات اللهِ تعالى.

---

(١) في (أ): وقال عَلَيْهِ السَّلَامُ: «من كان حالفًا فليحلف بالله أو ليذر».

(٢) روى البخاري (٦١٠٨) عن ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أنه أدرك عمر بن الخطاب في ركب وهو يحلف بأبيه، فناداهم رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «ألا إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم، فمن كان حالفًا فليحلف بالله، وإلا فليصمت»، ورواه مسلم (١٦٤٦) بلفظ: عن سالم بن عبد الله عن أبيه قال: سمعت عمر بن الخطاب يقول: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إن الله عَزَّ وَجَلَّ ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم»، قال عمر: فوالله ما حلفت بها منذ سمعت رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهى عنها، ذاكرًا ولا آثرًا.

وروى الإمام أحمد (٢٠٦٢٤) والنسائي (٣٧٧٤) عن عبد الرحمن بن سمرة عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لا تحلفوا بآبائكم ولا بالطواغيت».

والرَّحمٰنُ والرَّحيمُ: اسمان مُشتَقَّانِ من الرَّحمة[١]، وفي الحَقيقة: ذاتٌ قام به الرَّحمةُ.

والفَرقُ بين الصِّفةِ والاسمِ: أنَّ الأوَّلَ عِبارةٌ عن مُجرَّد العِلمِ والقُدرةِ بدون الذَّاتِ، والاسمُ عِبارةٌ عن الذَّات مع الصِّفة، كالعالِم والقادِرِ.

ثم ذَكَر في «المَبسوط»: مِن مَشايخنا[٢] رَحِمَهُمُ اللَّهُ من يَقولُ: الحَلِفُ بصِفات الذَّاتِ كالقُدرة، والعَظمةِ، والعِزَّةِ، والجَلالِ، والكِبرياءِ: يَمينٌ، والحَلِفُ بصِفات الفِعلِ كالرَّحمة والغَضَبِ: لا يكونُ يَمينًا.

وقالوا: صِفاتُ الذَّاتُ: ما لا يَجوزُ أن يُوصَف بضِدِّه، كالقُدرة، وصِفاتُ الفِعلِ: ما يَجوزُ أن يُوصَف بضِدِّه، يُقال: أَعطى[٣] فُلانًا، ولم يُعطِ فُلانًا.

وقالوا: إنَّ ذِكرَ صِفاتِ الذَّاتِ كذِكر الذَّاتِ، وذِكرَ صِفاتِ الفِعلِ ليس كذِكر الذَّاتِ، والحَلِفُ بالله مَشروعٌ دون غيرِ اللهِ.

وهذا الطَّريقُ غيرُ مَرضيٍّ عندنا؛ لأنهم يَقصِدون بهذا الفَرقِ: الإشارةَ إلى مَذهبهم أنَّ صِفاتِ الفِعلِ غيرُ اللهِ[٤]. والمَذهَبُ عندنا: أنَّ صِفاتِ اللهِ لا هوُ ولا غيرُه[٥]، ....

---

(١) في (هـ): الرحم.

(٢) وهم مشايخ العراق كما في «الفتح» ٥/ ٦٧.

(٣) في (و): يقال: رَحِم فُلانًا وأعطى.

(٤) في (هـ): الذات.

(٥) وهذا؛ لأن الغير هو ما يصح انفكاكه بزمان أو بمكان أو بوجود، ولا يخفى أن هذا اصطلاح محض لا ينبغي أن يبتنى الفقه باعتباره، وظاهر قول هؤلاء أنه لا اعتبار بالعرف وعدمه، بل صفة=

فلا يَستقيمُ الفَرقُ بينَ[1] صِفاتِ الذَّاتِ وصِفاتِ الفِعلِ في حُكم اليَمين[2].

والأَصَحُّ أن نَقولَ: الأيمانُ مَبنيَّةٌ على العُرف، فما تَعارَف النَّاسُ الحَلِفَ به: يكونُ يَمينًا، وإلا فلا.

والحَلِفُ بقُدرة اللهِ تعالى، وكِبريائِه، وعَظَمتِه: مُتعارَفٌ، وبرَحمَته وغَضَبِه: غيرُ مُتعارَفٍ[3]، ولهذا لم يَجعَل قَولَه: (وعِلمِ اللهِ) يَمينًا؛ لأنَّ الحَلِفَ به غيرُ مُتعارَفٍ.

وهذا لأنَّ الصِّفاتِ لا هو ولا غيرُه[4]، فمن حيث إنَّه لا هوَ: لا يكونُ يَمينًا، ومن حيث إنَّه لا غيرُه: يكونُ يَمينًا، كالذَّات، فنَقولُ:

إن كان ممّا يُحلَف بها عادةً: يكونُ مُلحَقًا بالذَّات، فيكونُ يَمينًا، وإلا فلا[5].

=الذات مطلقًا يحلف بها، تعورف أوْ لا، وصفة الفعل لا يحلف بها ولو تعورف، وعلى هذا فيلزم أن سمع الله وبصره وعلمه يكون يمينًا على قول هؤلاء، وعلى اعتبار العرف لا يكون يمينًا؛ لأنه لم يتعارف الحلف بها وإن كانت من صفات الذات. «الفتح» ٥/ ٦٧.

(١) في (ز): من.

(٢) قوله: (في حكم اليمين) مثبت من (و).

(٣) الحلف برحمة الله تعالى يمين عرفًا اليوم في بلادنا الشامية، فيقولون: ورحمة ربي، و: برحمة ربي.

(٤) كالواحد من العشرة، فإنه ليس العشرة وليس غيرها، ولله تعالى المثل الأعلى.

قال الإمام السغناقي في «الكافي شرح البزدوي» ٣/ ١٤٣٠: ألا ترى أن مشايخنا رَحِمَهُمُ اللَّهُ أوردوا الواحد بعد العشرة نظير صفات الله تعالى مع ذاته، من حيث إن كلًّا منهما لا هو ولا غيره، مع أن ذات الله تعالى وصفاته متعالية عن النظير؛ إذ ليس كمثله شيء، ولأن الواحد إن لم يكن عين العشرة ولا غيرها لكن هو جزء منها، فليست صفة الله تعالى بجزء من ذاته، فلا يكون نظيرًا لصفاته، ولكن لما وجدوه نظيرًا فيما قصدوا إليه جعلوه نظيرًا لها لزيادة تفهيم المتعلمين. انتهى.

(٥) أفاد أن الحلف بالاسم لا يتقيد بالعرف، بل هو يمين، تعارفوه أو لم يتعارفوه، وهو الظاهر=

إلا قولُه: (وعِلمِ الله) لا يكونُ يَمينًا؛ لأن العِلْمَ يُذكَر ويُرادُ به المَعلومُ، يُقال: (هذا عِلْمُ أبي حنيفة) أي مَعلومُه[1].

قَولُه: (لأنَّ العِلمَ يُذكَر ويُرادُ به المَعلومُ) كما يُقال في الدُّعاء: (اللَّهُمَّ اغفِر عِلمَك فينا) أي مَعلومَك.

وهذا التَّخريجُ على قَول من فَرَّق بين صِفاتِ الذَّاتِ وصِفاتِ الفِعل، فأمّا على القَول المُختار: فإنَّما لم يَصِحَّ الحَلِفُ به: لأنَّه غيرُ مُتعارَفٍ.

وإن حَلَفَ بصِفةٍ من صِفاتِ فعله عَزَّوَجَلَّ بأن قال: (برَحمة الله)، أو (غَضَبِه)، أو (سَخَطِه): لم يكن حالِفًا؛ لأنه قد تُذكَرُ الرَّحمةُ ويُرادُ بها الجَنّةُ، قال الله تعالى: ﴿فَفِى رَحْمَةِ ٱللَّهِ هُمْ فِيهَا خَٰلِدُونَ﴾ [آل عمران:١٠٧]، ويُذكَر الغَضبُ ويُراد به العُقوبةُ، كما قال الله تعالى: ﴿وَبَآءُو[2] بِغَضَبٍ مِّنَ ٱللَّهِ﴾ [البقرة: ٦١].

واعلَم أنَّ الحَلِفَ بالعِلم والرَّحمةِ والغَضَبِ مَشروعٌ، إن كان مُرادُه الصِّفةَ القائِمةَ بذات البَاري، كذا ذَكَره الإمامُ المُحقِّقُ أبو المُعينِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ في «تَبصِرة الأدِلّةِ»[3].

=من مذهب أصحابنا، وهو الصحيح، وهو قول مالك وأحمد والشافعي في قول. وقال بعض مشايخنا: كل اسم لا يسمى به غير الله كالله والرحمن فهو يمين، وما يسمى به غير الله تعالى كالحكيم والعليم والقادر والعزيز.. فإن أراد به يمينًا: فهو يمين، وإن لم يرد به: فليس يمينًا، ورجحه بعضهم بأنه إن كان مستعملًا لله سبحانه وتعالى ولغيره لا يتعين إرادة أحدهما إلا بالنية. «الفتح» ٥/ ٦٧.

(١) في (أ) زيادة: حتى لو عنى به علماء فهو صفة الله تعالى كان يمينًا.

(٢) في الأصول: فباؤوا.

(٣) قال في «الفتح» ٥/ ٦٧: وأما الصفة فالمراد بها اسم المعنى الذي لا يتضمن ذاتًا ولا يحمل عليها بهو هو، كالعزة والكبرياء والعظمة، بخلاف نحو العظيم، فقيده بكون الحلف بها متعارفًا، سواء كان من صفات الفعل أو الذات، وهو قول مشايخ ما وراء النهر، ولهذا قال محمد في قولهم:=

ومن حَلَف بغير اللهِ تعالى: لا يكونُ حالِفًا، كالنَّبيّ عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ، والقُرآنِ، والكَعبةِ[1]، لقوله عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ: «فمَن كان منكم حالِفًا: فليَحلِف بالله أو لِيَذَر»[2].

قَولُه: (كالنَّبيِّ والقُرآنِ) مَعناهُ: أن يَقولَ: (والنَّبيِّ) (والقُرآنِ[3]).

=وأمانة الله إنه يمين، ثم سئل عن معناه فقال: لا أدري؛ لأنه رآهم يحلفون به فحكم بأنه يمين. ووجهه: أنه أراد معنى والله الأمين، فالمراد الأمانة التي تضمنتها لفظة الأمين كعزة الله التي هي ضمن العزيز ونحو ذلك.

وعلى هذا فعدم كون وعلم الله وغضبه وسخطه ورحمته يمينًا: لعدم التعارف، ويزداد العلم بأنه يراد به المعلوم..

فقول الشيخ أبي المعين في «تبصرة الأدلة»: إن الحلف بالعلم والرحمة والغضب مشروع إن كان مراده الصفة القائمة: به فليس على هذا الأصل، بل هو على محاذاة قول القائلين في الأسماء: إن ما كان بحيث يسمى به الله تعالى وغيره إن أراد به الله تعالى كان يمينًا وإلا لا، فجعل مثله في الصفات المجردة عن الدلالة على الذات إن أريد صفته القائمة به فهو يمين وإلا لا.

لا يقال: مقتضى هذا أن يجري في قدرة الله مثله، إن أريد به الصفة كان يمينًا، أو المقدور على أن يراد بالمصدر المفعول أو المصدر ويكون على حذف مضاف، أي أثر قدرته لا يكون يمينًا وليس المذهب ذلك.

لأنا نقول: إنما اعتبر ذلك فيما لم يتعارف الحلف به، وقدرة الله الحلف بها متعارف، فينصرف إلى الحلف بلا تفصيل في الإرادة. انتهى.

(١) في (أ) زيادة: معناه أن يقول: والنبي، والقرآن، أما إذا قال: أنا بريء من القرآن: يكون يمينًا؛ لأنه كفر.

(٢) رواه البخاري (٦١٠٨)، ومسلم (١٦٤٦). ولفظهما: «أو ليصمت».

(٣) وذلك إذا لم يرد بالقرآن الكلام النفسي، أما لو أريد فيكون يمينًا. «مجمع الأنهر» ١/ ٥٤٤.

وقال في «البحر» ٤/ ٣١١: والحلف بالقرآن غير متعارف، مع أنه يراد به الحروف والنقوش، وفي «فتح القدير»: ثم لا يخفى أن الحلف بالقرآن الآن متعارف، فيكون يمينًا، كما هو قول الأئمة=

أما لو قال: (أنا بَريءٌ من القُرآن): يكونُ يَمينًا؛ لأنَّ التَّبرّي منه كُفرٌ[1]، واللهُ أعلَمُ.

=الثلاثة، وتعليل عدم كونه يمينًا بأنه غيره تعالى؛ لأنه مخلوق لأنه حروف، وغير المخلوق هو الكلام النفسي: منع بأن القرآن كلام الله منزل غير مخلوق، ولا يخفى أن المنزل في الحقيقة ليس إلا الحروف المنقضية المنعدمة، وما ثبت قدمه استحال عدمه، غير أنهم أوجبوا ذلك لأن العوام إذا قيل لهم: إن القرآن مخلوق تعدوا إلى الكلام مطلقًا.

وأما الحلف بكلام الله تعالى فيجب أن يدور مع العرف. انتهى.

(١) وتعليق الكفر بالشرط يمين. «مجمع الأنهر» ١/ ٥٤٤.

فصل

فصلٌ في الحَلِفِ بحُروف القَسَم

وحُروفُ القَسَم: الوَاو، كقوله: (والله)، والباء، كقوله: (بالله)، والتّاء، كقوله: (تالله)، قال الله تعالى: ﴿وَتَٱللَّهِ[1] لَأَكِيدَنَّ أَصْنَٰمَكُم﴾ [الأنبياء: ٥٧]، وقال الله تعالى ﴿قَالُواْ تَٱللَّهِ لَقَدْ ءَاثَرَكَ ٱللَّهُ عَلَيْنَا﴾ [يوسف:٩١].

حُروفُ القَسَمُ: الباءُ، والوَاوُ، والتَّاءُ.

أما الباءُ: فهي للإلصاق في الأَصل، وهي تَدُلُّ على فِعلٍ مَحذوفٍ[2]، وإنَّما حُذِف لكَثرة الاستِعمالِ، واكتُفِي بالباء: لأنه للإلصاق، فيَقتَضي مُلصَقًا به، وهو الفِعلُ.

ثم لَمّا مَسَّت الحاجةُ إلى حَرفٍ آخرَ تَوسِعةً لصِلات القَسَمِ: استَعاروا[3] الواوَ لمَعنى[4] الباءِ؛ لأنها تُناسِبُها صُورةً ومَعنًى.

---

(١) ويكون تقديره بحسب ما دخلت عليه، وهنا: أقسم وأحلف.

(٢) في الأصول: تالله.

(٣) في (ز): استعير.

(٤) في (و): بمعنى.

أمّا الصُّورةُ: فلأنَّ مَخرَجَ كلِّ واحِدٍ منهما بضَمِّ الشَّفتَين.

وأمّا المَعنى: فلأنَّ الواوَ للجَمع، وفي الجَمع مَعنى الإلصاق[1].

ثم استُعير التَّاءُ لمَعنى الواوِ؛ لأنهما[2] من حُروف الزَّوائِدِ، تَستَعمِلُ العَرَبُ أحدَهما بمَعنى الآخَرَ.

وقد تُضمَر الحُروفُ فيكون حالِفًا، كقوله: (اَللهِ لا أفعَلُ كذا).

وقد تُحذَف[3] حُروفُ القَسَمِ تَخفيفًا[4]، لكنّه بالنَّصب عند أهلِ البَصرةِ، وبالخَفض عند أهلِ الكُوفةِ[5].

(١) قال في «الجنى الداني» ص١٥٤: فأما واو القسم: فحرف يجر الظاهر دون المضمر، وهو فرع الباء، لأن الباء فضلت بأربعة أوجه تقدم بيانها، وذهب كثير من النحويين إلى أن الواو بدل من الباء؛ قالوا: لأنها تشابهها مخرجًا ومعنًى، لأنهما من الشفتين، والباء للإلصاق والواو للجمع، واستدلوا على ذلك بأن المضمر لا تدخل عليه الواو، لأن الإضمار يرد الأشياء إلى أصولها.

(٢) في (و): لأنها.

(٣) عبارة المتن الإضمار وعبارة الشرح الحذف، وكذا وقع في «الهداية» ومتنها، وهذا من دقيق ولطيف صنع المصنف هنا، وعن وجه الفرق بينهما قال في «العناية» ٥/ ٧٠: والفرق بين الإضمار والحذف بقاء أثر المضمر دون المحذوف، والمصنف ذكر الإضمار في الرواية والحذف في التعليل بطريق المساهلة، كذا في «النهاية»، ويجوز أن يقال: أطلق الإضمار بالنظر إلى الجر، والحذف بالنظر إلى النصب.

(٤) لأن حذف الحرف من عادة العرب إيجازًا. «الهداية» ٢/ ٣١٨.

(٥) قال في «الهداية» ٢/ ٣١٨: ثم قيل: ينصب لانتزاع الحرف الخافض، وقيل: يخفض فتكون الكسرة دالة على المحذوف. انتهى. وتعقبه الكاكي كما في «البناية» ٦/ ١٢٥، وقال في «الفتح» ٥/ ٧٠: وقوله: ثم قيل: ينصب لانتزاع الخافض، وقيل: يخفض فتكون الكسرة دالة على المحذوف: ظاهر في نقل الخلاف في ذلك، وهو تبع لـ «المبسوط»، حيث قال: النصب مذهب=

قال أبو حنيفةَ[1] ومحمد[2]: إذا قال: (وحَقِّ الله): فليس بحالِف؛ لأن حَقَّ الله تعالى قد يكون شيئًا من الشَّرائع، كالصَّوم والصَّلاةِ والحَج.

قَولُه: (لأنَّ حَقَّ اللهِ قد يكونُ شيئًا من الشَّرائع) كالطَّاعات، والحَلِفُ بالطَّاعات لا يكونُ يَمينًا؛ لأنه حَلِفٌ بغَير اللهِ تعالى.

وإذا قال: (أُقسِم)، أو (أُقسِمُ بالله)، أو (أَحْلِف)، أو (أَحلِفُ بالله)، أو (أَشهَد)، أو (أَشهَدُ بالله): فهو حالِفٌ؛ لأنه إذا قال: (أَحلِفُ بالله) فقد أخبَر عن الحَلِف، وكذلك (أُقسِم)[3]، وكذلك (أَشهَد)؛ لأن الشَّهادةَ يَمينٌ، قال الله تعالى خَبَرًا عن المُنافِقين: ﴿قَالُواْ نَشۡهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ ٱللَّهِۗ﴾ [المُنافِقون:١] إلى قوله: ﴿ٱتَّخَذُوٓاْ أَيۡمَٰنَهُمۡ جُنَّةً﴾ [المُنافِقون:٢].

=أهل البصرة والخفض مذهب أهل الكوفة، ونُظر فيه بأنهما وجهان سائغان للعرب، ليس أحد ينكر أحدهما ليتأتى الخلاف.

وحكي الرفع أيضًا، نحو: اللهُ لا أفعلن، على إضمار مبتدإٍ، والأولى كونه على إضمار خبر؛ لأن الاسم الكريم أعرف المعارف، فهو أولى بأن يكون مبتدأ، والتقدير: الله قسمي، أو قسمي الله لأفعلن، غير أن النصب أكثر في الاستعمال.

وقوله في النصب لانتزاع الخافض: خلاف أهل العربية، بل هو عندهم بفعل القسم، لما حذف الحرف اتصل الفعل به، إلا أن يراد عند انتزاع الخافض: أي بالفعل عنده.

وأما الجر: فلا شك أنه بالحرف المضمر، وهو قليل شاذ في غير القسم، كقوله:

إذا قيـل أيُّ النـاسِ شـرُّ قبيلـةٍ   أشـارت كليبٍ بالأكـف الأصابع

أي إلى كليب.

(١) في (أ) زيادة: رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

(٢) سقطت من (أ). وانظر «الهداية» ٢/ ٣١٨.

(٣) قوله: (وكذلك أُقسِم) غير مثبت في (أ).

قَولُه: (فقد أَخبَر عن الحَلِف) أي أخبر عن الحَلِف بلَفظٍ وُضِع للحال، فجُعِل حَلِفًا في الحال، والحَلِفُ بالله هو المَشروعُ، فيُصرَف إليه، ولا يُحتاجُ إلى النِّيَّة.

وكذلك قَولُه: (وعَهدِ الله)، لقوله[1] عَزَّوَجَلَّ: ﴿وَلَا تَشْتَرُواْ بِعَهْدِ ٱللَّهِ ثَمَنًا قَلِيلًاۚ﴾ [النَّحل:٩٥].

وكذلك: ميثاقِه؛ لأنه بمعنى العَهد، قال الله تعالى: ﴿وَأَوْفُواْ بِعَهْدِ ٱللَّهِ إِذَا عَـٰهَدتُّمْ﴾ [النَّحل:٩١].

﴿وَلَا تَشْتَرُواْ بِعَهْدِ ٱللَّهِ﴾ [النَّحل:٩٥]: أي بيَمين اللهِ، بدَليل سِباقِ[2] الآيةِ، وهو قَولُه تعالى: ﴿وَلَا تَتَّخِذُوٓاْ أَيْمَـٰنَكُمْ دَخَلًاۢ بَيْنَكُمْ...﴾ الآيةَ [النَّحل:٩٤].

وكذلك لو قال: (عَليَّ نَذرٌ) أو (نَذرُ الله)؛ لقوله عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ: «النَّذرُ يمين، وكَفّارَتُه كَفّارةُ اليمين»[3].

وكذلك لو قال: (عليَّ نَذرٌ) أو (نذرُ اللهِ) هذا مَحمولٌ على ما إذا لم يُسَمِّ المَنذورَ، بأن قال: (عليَّ نَذرٌ أن لا أفعلَ كذا) أو (نَذرُ اللهِ أن لا أفعلَ كَذا) فهذا يَنعَقِدُ يَمينًا، وموجَبُه مُوجَبُ اليَمينِ.

وإذا قال: (إن فَعلتُ كذا فأنا يَهوديّ- أو نَصراني، أو كافِر، أو أنا بَريءٌ من الإسلام-): فهذا يَمينٌ؛ لأنه تَحريمُ الحَلال.

(١) في (ب): كقوله.

(٢) في (هـ) و(و): سياق.

(٣) رواه الطبراني ١٧/ ٣١٣، وأبو يعلى (١٧٤٤)، وعقبة بن عامر في «مسنده» (١١٠).

ورواه الإمام أحمد (١٧٣٤٠) بلفظ: «إنما النذر يمين، كفارتها كفارة اليمين».

ورواه مسلم (١٦٤٥) بلفظ: «كفارة النذر كفارة اليمين».

قَولُه: (لأنَّه تَحريمُ الحَلالِ) لأنَّه لَمّا جَعَل الشَّرطَ عَلَمًا على الكُفر: فقد اعتَقَده واجِبَ الامتِناعِ، فكأنَّه قال: (حرَّمتُ على نَفسي ذلك الفِعلَ)، وهذا يَمينٌ؛ لأنَّه يَمتنِعُ[1] من تَحريم الحَلالِ كما يَمتَنِعُ[2] من هَتك حُرمةِ اسمِ اللهِ تعالى.

وإن قال: (إن فَعلتُ فَعليَّ غَضَبُ الله تعالى -أو سَخَطُ الله، أو أنا زانٍ، أو أنا سارقٌ، أو شارِبُ خَمر، أو آكِلُ رِبًا-): فليس بيَمين؛ لأنه لا يُعَدُّ يمينًا عُرفًا، فلا يَدخُلُ تحت قولِه تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِيٓ أَيْمَٰنِكُمْ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَٰنَ فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ﴾ [المائدة:٨٩].

بخَلاف قَولِه: (عليَّ غَضَبُ اللهِ) وأمثالِه؛ لأنَّ الغَضَبَ قد يَتحَقَّقُ بارتِكاب المَحظوراتِ التي هي من فُروع الدِّين، كالزِّنى وغيرِه، وبه لا يَصيرُ حالِفًا؛ لأنَّ حُرمةَ هذه الأشياءِ ممّا تَحتَمِلُ النَّسخَ والتَّبديلَ، فلا يكونُ في مَعنى حُرمةِ اسمِ اللهِ تعالى.

---

(١) في (و): يمنع.

(٢) في (و): يمنع.

فصلٌ «في كفّارة اليمين»

فصلٌ

كَفّارةُ اليَمين: عَتقُ رقَبَةٍ، يُجزِئُ فيها ما يُجزِئُ في الظِّهار؛ لأن الله تعالى قال في كفّارةِ الظِّهار: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ﴾ [المُجادلة:٣] ، وقال في كفّارة اليمين: ﴿أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍۖ﴾ [المائدة:٨٩] ، أوجَب في المَوضِعَين بلفظٍ واحد.

وإن شاء كَسا عَشرةَ مَساكينَ؛ لقوله تعالى: ﴿أَوْ كِسْوَتُهُمْ﴾ [المائدة:٨٩] ، لكل واحِدٍ ثوبًا، أدناهُ ما تَجوزُ به الصَّلاة؛ لأنه لا بُدَّ أن يكونَ كِسوةً لأكثَر البَدَن.

الكَفَّارةُ: الفَعْلَةُ التي من شَأنها أن تُكفِّرَ الخَطيّةَ، أي تَستُرُها.

ذَكَر في «المَبسوط» عن الزُّهريِّ[١] في تَأويل قَولِه تعالى: ﴿أَوْ كِسْوَتُهُمْ﴾ أنّه الإزارُ فصاعِدًا[٢].

وعن مُجاهِدٍ: أدناهُ: ثَوبٌ لكُلِّ مِسكينٍ، وأعلاهُ: ما شِئتَ[٣]؛ لأنَّ الكِسوةَ ما

---

(١) في (و): الهروي. وانظر «المبسوط» ٨/ ١٥٣.

(٢) قال في «الدر المنثور» ٣/ ١٥٤ عند هذه الآية: وأخرج أبو الشيخ عن الزهري قال: السراويل لا يجزي والقلنسوة لا تجزي. انتهى.

فلعل هذا الأثر مما يشهد لما ذكره المصنف.

(٣) رواه الطبري في «تفسيره» ٨/ ٦٣٨.

يكونُ المَرءُ به مُكتَسِيًا، وبالواحِدِ يكونُ مُكتَسِيًا، حتى يَجوزُ له أن يُصلِّيَ في ثَوبٍ واحِدٍ.

والمُرادُ بالإزار: الكَبيرُ الذي كالرِّداء، فأمّا الصَّغيرُ الذي لا يَتِمُّ به سَترُ العَورةِ: لا يُجزئُ.

ولو كَسا كلَّ مِسكينٍ سَراويلَ.. ذَكَر في «النَّوادر» عن محمّدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه يُجزِئُه؛ لأنه يكونُ مُكتَسِيًا به شَرعًا، حتى تَجوزُ صَلاتُه.

وذَكَر في «الهِداية» و«شَرح» أبي نَصرٍ: أنَّ المَذكورَ في «الكِتاب» مَرويٌّ عن محمّدٍ[1]، وعلى قَول أصحابِنا: الاعتِبارُ بما يُسمَّى به مُكتَسِيًا، ولابِسُ السَّراويلِ يُسَمّى عُرْيانًا[2].

---

(١) وعنه تقييده بالرجل، فإن أعطى السراويل امرأة لا يجوز لأنه لا يصح صلاتها فيه. «الفتح» ٥/ ٨٢.

(٢) قال في «الفتح» ٥/ ٨٢: فعلى هذا لا بد أن يعطيه قميصًا أو جبةً أو رداءً أو قباءً أو إزارًا سابلًا، بحديث المقسم به عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وإلا فهو كالسراويل.

ولا تجزئ العمامة، إلا إن أمكن أن يتخذ منها ثوب مجزئ مما ذكرنا جاز.

وأما القلنسوة فلا تجزئ بحال، وإن كان قد روي عن عمران بن المقسم أنه سئل عن ذلك فقال: إذا قدم وفد على الأمير وأعطاهم قلنسوة قيل قد كساهم قيل قد كساهم، فلا عمل على هذا.

وعن ابن عمر رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ: لا يجزي أقل من ثلاثة أثواب قميص ومئزر ورداء. وعن أبي موسى الأشعري: ثوبان.

قال الطحاوي: هذا كله إذا دفع إلى الرجل، أما إذا دفع إلى المرأة فلا بد من خمار مع الثوب؛ لأن صلاتها لا تصح دونه، وهذا يشابه الرواية التي عن محمد في دفع السراويل أنه للمرأة لا يكفي.

وهذا كله خلاف ظاهر الجواب، وإنما ظاهر الجواب ما يثبت به اسم المكتسي وينتفي عنه اسم العريان، وعليه بني عدم إجزاء السراويل لا صحة الصلاة وعدمها، فإنه لا دخل له في الأمر=

قَولُه: (لأنَّه لا بُدَّ أن يكونَ كِسوةً لأكثر البَدَنِ) وهذا لأنَّ الأصلَ أن يَجِبَ عليه كِسوةُ كلِّ بَدَنِ الفَقيرِ.

قَضيَّتُه: الإضافةُ إليهم، وذلك لا يكونُ عُرفًا[1]، فيَجِبُ عليه كِسوةُ أكثرِ بَدَنِه؛ لأنَّ الكُلَّ الحَقيقيَّ إذا سَقَط عن حيِّز الاعتبارِ يُصارُ إلى الكُلِّ التَّقديريِّ؛ ليكونَ الكُلُّ مَعمولًا به بقَدْرِ الإمكانِ، وهذا التَّعليلُ لا يَستَقيمُ ظاهِرًا على ما ذُكِر في «الكِتاب» وفُسِّر في «الهِداية»[2].

ويَحتَمِلُ أن يكونَ المُرادُ منه ما قال الشَّيخُ الإمامُ بَدرُ الدِّينِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنَّ الأصلَ في الآدميِّ من العُنُق إلى الوَرِك، والرِّجلانِ ناقِلَتاهُ، واليَدانِ باطِشَتاهُ، والرَّأسُ طَليعَتُه، فكان قَدرُ السَّراويلِ ساتِرَ أكثرِ ما هو الأصلُ في بَدَنه أو كلِّه.

أو يكونُ المُرادُ من قَوله: (أدناهُ: ما تُجزِئُ فيه الصَّلاةُ) الإزارَ الكَبيرَ الذي هو

=بالكسوة، إذ ليس معناه إلا جعل الفقير مكتسيًا على ما ذكرنا، والمرأة إذا كانت لابسةً قميصًا سابلًا وإزارًا وخمارًا غطى رأسها وأذنيها دون عنقها، لا شك في ثبوت اسم أنها مكتسية لا عريانة، ومع هذا لا تصح صلاتها، فالعبرة لثبوت ذلك الاسم صحت الصلاة أو لا. انتهى.

(١) في (و): عريانا.

(٢) قال في «الكتاب» ص٢١٠: وكفارة اليمين: عتق رقبة يجزئ فيها ما يجزئ في الظهار، وإن شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوبًا فما زاد، وأدناه ما تجزئ فيه الصلاة. انتهى.

وقال في «الهداية» ٢/ ٣١٩: كفارة اليمين عتق رقبة يجزي فيها ما يجزي في الظهار، وإن شاء كسا عشرة مساكين، كل واحد ثوبًا فما زاد، وأدناه ما يجوز فيه الصلاة.

وقال ٢/ ٣٢٠: ثم المذكور في «الكتاب» في بيان أدنى الكسوة مروي عن محمد، وعن أبي يوسف وأبي حنيفة رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: أن أدناه ما يستر عامة بدنه، حتى لا يجوز السراويل، وهو الصحيح؛ لأن لابسه يسمى عريانًا في العرف.

كالرِّداء، على ما ذُكِر في «المَبسوط».

وعلى هذا: يكونُ على الاتِّفاق؛ لأنه قال: (أدناهُ: ما تُجزِئُ فيه الصَّلاةُ)، ولم يَقُل: (أدناهُ: أَدنى ما تُجزِئُ فيه الصَّلاةُ).

وإن شاء أَطعَم عَشَرةَ مَساكينَ كالإطعام في كَفّارة الظِّهار؛ لقوله تعالى: ﴿فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ إِطۡعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ مِنۡ أَوۡسَطِ مَا تُطۡعِمُونَ أَهۡلِيكُمۡ﴾ [المائدة:٨٩]، وكلمة (أو) في التَّكليف تقتضي التَّخيير.

قَولُه تعالى: ﴿مِنۡ أَوۡسَطِ مَا تُطۡعِمُونَ أَهۡلِيكُمۡ﴾: الأوسَطُ: أَكلَتان مُشبِعَتان؛ لأنَّ الأكلَ على ثَلاث مَراتِبَ:

أدناهُ: الأكلُ مَرّةً، وفيه نَوعُ نُقصانٍ، ولهذا قيل: تَركُ العَشاء مَهرَمةٌ.

وأعلاهُ: الأكلُ ثَلاثَ مَرّاتٍ، وفيه نَوعُ نُقصانٍ من حيث إنه يُورِثُ التُّخَمَةَ، كذا ذَكَره صاحِبُ «الهِدايةِ» في «زِياداتِه»[(١)].

وقَولُه: ﴿أَهۡلِيكُمۡ﴾ أراد به: الأولادَ، والخَدَمَ، والزَّوجةَ.

﴿فَمَن لَّمۡ يَجِدۡ﴾ -يعني أحَدَ هذه الأشياءَ الثَّلاثةَ-: صام ثَلاثةَ أيّامٍ مُتَتابِعات؛ لقوله تعالى: ﴿فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٖ﴾، في قراءة ابنِ مسعودٍ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنۡهُ: ﴿فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍ مُتَتَابِعَاتٍ﴾[(٢)]، فيُقَيَّد المُطلَقُ به.

﴿فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٖ﴾: فعليه صِيامُ ثَلاثةِ أيامٍ.

---

(١) بقي الأوسط، وهو الأكل مرتان، وهو العدل.

(٢) رواه عبد الرزاق (١٦١٠٢)، ورواه عن أبيّ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنۡهُ: الإمام مالك ١/ ٣٠٥، وابن أبي شيبة (١٢٣٦٨)، والحاكم (٣٠٩١).

﴿ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيۡمَٰنِكُمۡ﴾: أي المَذكورُ.

﴿إِذَا حَلَفۡتُمۡۚ﴾: أي حَلفتُم وحَنِثتُم.

قَولُه[1]: (وكَلِمةُ «أو» في التَّكليف تَقتَضي التَّخييرَ) احتِرازٌ عمّا إذا استُعمِلت في مَوضِعِ الخَبَرِ والإباحةِ، فإنها تُفضي إلى الشَّكِّ في الأَوَّل، وتُوجِبُ العُمومَ في الثَّاني[2].

قَولُه: (فيُقَيِّدُ المُطلَقُ به) فإن قيل: المُطلَقُ عندنا يَجري على إطلاقه، والمُقيَّدُ يَجري على تَقييده، فما مَعنى قَولِه: (فيُقَيِّدُ المُطلَقُ به)؟

قيل: الأصلُ عندنا: أن لا يُحمَل مُطلَقٌ على مُقيّدٍ أبدًا إذا وَرَدا في حُكمَين، ككفّارة القَتلِ وسائِر الكَفّاراتِ[3]، ....

(1) حق هذه الفقرة التقديم مراعاة لترتيب المتن.

(2) إفادتها الشك في الخبر: كقولك: جاءني زيد أو عمرو. فالآتي إليك واحد منهما لا كلاهما.

وإفادتها العموم في الإباحة: كقولك: كل من هذا الإناء أو هذا.

قال في «تقويم الأدلة» ص١٦٦: إن دخلَت بين أمرين أو إيجابين: أوجبت التخيير؛ لما ذكرنا أنها إذا دخلت في الخبر نفت دخول المذكورين جميعًا تحت ما أخبر به، وثبت أن المراد به إما هذا وإما هذا؛ لما ذكرنا أن اللفظ يتناول كل واحد منهما على سبيل الشك، وإنهما ليسا بثابتين معًا...

وإذا دخلت بين إباحتين كقولك: جالس الحسن أو ابن سيرين، وكُلْ هذا الطعام أو هذا: صارا جميعًا مباحين؛ لأن معنى الشك باطل لما قلنا في الأمر... إلى آخر معاني استعمالاتها.

(3) فورد تقييد الرقبة في كفارة القتل بالمؤمنة، قال تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤۡمِنًا خَطَـٔٗا فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ مُّؤۡمِنَةٖ﴾. وورد إطلاق الرقبة عن وصف الإيمان في كفارة اليمين، فقال تعالى: ﴿فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ إِطۡعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ مِنۡ أَوۡسَطِ مَا تُطۡعِمُونَ أَهۡلِيكُمۡ أَوۡ كِسۡوَتُهُمۡ أَوۡ تَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ﴾. وكذلك في كفارة الظهار،=

أو في السَّبَب، كما في صَدَقة الفِطرِ[1]، فأمّا إذا وَرَدا في حُكمٍ واحِدٍ -كما في هذه الصُّورةِ-: فيُحمَل المُطلَقُ على المُقيَّد؛ لأنَّ الصَّومَ في وُجوده لا يَقبَلُ وَصفَين مُتضادَّينِ، فإذا ثَبَت تَقييدُه: بَطَل إطلاقُه.

وإن قَدَّم الكَفَّارة على الحِنث: لم يُجزِئه[2].

وقال الشافعي: يَجوز؛ لقوله عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ: «من حَلَف على يَمينٍ فرَأى غيرَها خَيرًا منها: فليُكَفِّرْ عن يَمينه، ثم لْيَأتِ الذي هو خَيرٌ»[3].

=قال تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ﴾.

فلا يحمل المطلق على المقيد في هذه الكفارات، فيبقى المطلق على إطلاقه والمقيد على تقييده، فيشترط في كفارة القتل إيمان الرقبة، ولا يشترط ذلك في كفارتي اليمين والظهار.

(١) قلنا: إن صدقة الفطر تجب عن العبد الكافر؛ لقول النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أدوا عن كل حر وعبد»، من غير تفصيل، وقوله: «من المسلمين» لا يوجب التخصيص؛ لأنه لا حكم له فيمن ليسوا مسلمين، وإنما أوجب تقييد كل عبد ذكر في صدر هذا النص بالإسلام؛ لأنه كلام واحد، فلا يحكم بصدره قبل الاختتام عليه، وما اختتم إلا بقيد الإسلام، فصار المذكور عبدًا مسلمًا من الأصل، فلم يدخل تحته الكافر، لا أن صفة الإسلام رفع الحكم عن الكافر، فأما النص المطلق الذي اختتم على إطلاقه فقد دخل تحته الكافر والمسلم، فلا يخرج الكافر إلا برافع. «تقويم الأدلة» ص١٤١.

(٢) في (ب) زيادة هنا: (وقراءتُه كروايته عن النبيِّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وهو مشهورة).

(٣) روى أبو داود (٣٢٧٧) عن عبد الرحمن بن سمرة قال: قال لي النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «يا عبد الرحمن بن سمرة! إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيرًا منها، فأت الذي هو خير وكفر يمينك».

قال أبو داود: سمعت أحمد يرخص فيها: الكفارة قبل الحنث. حدثنا يحيى بن خلف، حدثنا عبد الأعلى، حدثنا سعيد، عن قتادة، عن الحسن عن عبد الرحمن بن سمرة، نحوه، قال: «فكفر عن يمينك، ثم ائت الذي هو خير». قال أبو داود: أحاديث أبي موسى الأشعري وعدي بن حاتم وأبي هريرة في هذا الحديث، روي عن كل واحد منهم في بعض الرواية: الحنث قبل الكفارة، وفي بعض=

قَولُه: (وقال الشافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَجوزُ) أي بالمال دون الصَّومِ.

و«من حَلَفَ على يَمينٍ»: أراد به المُقسَمَ عليه؛ لأنَّ اليَمينَ جُملتانِ: إحداهُما مُقسَمٌ به، والأُخرى مُقسَمٌ عليه، فذَكَر الكُلَّ وأراد به البَعضَ، وإنَّه سائِغٌ وشائِعٌ.

«فليأت بالذي»: الباءُ للتَّعدية، وبدون الباءِ يَجوزُ أيضًا.

فالشَّافعيُّ أَمَر بالتَّكفيرِ قبل الحِنثِ، وأَقَلُّ أحوالِه أن يُقيِّدَ الجَوازَ.

ونحن نَقولُ: المَشهورُ من الرِّواية: «فليأت بالذي هو خَيرٌ، ثم ليُكفِّر يَمينَه»(١).

=الرواية: الكفارة قبل الحنث. انتهى.

ورواه النسائي (٣٧٨٣) عن عبد الرحمن بن سمرة، قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إذا حلفت على يمين فكفر عن يمينك، ثم ائت الذي هو خير».

ورواه البخاري (٦٦٢٢) ومسلم (١٦٥٢) بلفظ: «وإذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيرًا منها.. فكفر عن يمينك، وأت الذي هو خير». لكن الواو لا تفيد إفادة (ثم) التي هي محل الشاهد عند المصنف.

(١) قال في «نصب الراية» ٣/ ٢٩٦: أخرجه مسلم (١٦٥٠) عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من حلف على يمين، فرأى غيرها خيرًا منها، فليأت الذي هو خير، وليكفر عن يمينه». انتهى، وأخرج البخاري (٦٧٢٢) ومسلم (١٦٥٠) عن عبد الرحمن بن سمرة قال: قال لي النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «يا عبد الرحمن! إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيرًا منها: فأت الذي هو خير، وكفر عن يمينك». انتهى.

والمصنف استدل بهذا الحديث على استحباب الحنث والتكفير لمن حلف على معصية، ولم أجده بلفظ: «ثم ليكفر»، إلا عند الإمام أبي محمد قاسم بن ثابت بن حازم السرقسطي في كتاب «غريب الحديث» («الدلائل في غريب الحديث» ١٢٩)، فقال: أخبرنا أبو العلاء، ثنا علي بن معبد، ثنا الوليد بن القاسم بن الوليد الهمداني أبو القاسم الكوفي، ثنا يزيد بن كيسان أبو إسماعيل، عن أبي حازم، عن أبي هريرة: أن رجلًا أعتم عنده، فسأل صبيتُه أمهم الطعام، فقالت: حتى يجيء=

وما رواهُ الشَّافعيُّ مَحمولٌ على التَّقديم والتَّأخيرِ؛ لأنَّ «ثُم» قد تكونُ بمَعنى الواوِ، قال الله تعالى: ﴿ثُمَّ كَانَ مِنَ ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ﴾ [البلد:١٧] أي وكان من الذين آمنوا.

وهذا لأنَّ الأمرَ يُفيدُ الوُجوبَ حَقيقيةً، وقد أمكنَ العَمَلُ به -على ما ذَكَرنا-؛ لأنَّ الكَفّارةَ واجِبةٌ بعد الحِنثِ، وعلى ما ذَكَر لا يُمكِنُ العَمَلُ بحَقيقته؛ لأنَّ التَّكفيرَ قبل الحِنثِ غيرُ[1] واجِبٍ إجماعًا.

ولنا: أن الكَفّارةَ إنما تَجِبُ بسبب الجِناية، ولا جِنايةَ قبل الحِنث.

قَولُه: (ولنا أنَّ الكَفّارةَ عن الجِناية) لأنها تَوبةٌ، قال اللهُ تعالى: ﴿تَوۡبَةٗ مِّنَ ٱللَّهِۗ﴾ [النِّساء:٩٢]، والتَّوبةُ قبل الذَّنبِ لا تكونُ، والذَّنبُ في هَتك حُرمةِ اسمِ اللهِ تعالى بالحِنث؛ لأنه في عَقدِ اليَمينِ مُعظِّمٌ اسمَ اللهِ تعالى، فالتَّكفيرُ قبل الحِنثِ كالطَّهارة قبل الحَدَثِ، بخِلاف كَفّارةِ القَتلِ؛ لأنها جَزاءُ جِنايَتِه، وجِنايَتُه في الجَرح[2]؛ إذ لا صُنعَ له في زُهوق الرُّوحِ.

=أبوكم، فنام الصبية، فجاء أبوهم، فقال: أأشهيتِ الصبية؟ فقالت: لا، كنت أنتظر مجيئك، فحلف أن لا يطعم، ثم قال بعد ذلك: أيقظيهم، وجيء بالطعام، فسمى الله وأكل، ثم غدا على رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فأخبره بالذي صنع، فقال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من حلف على يمين فرأى خيرًا منها فليأته ثم ليكفر عن يمينه». انتهى. قال السرقسطي: أأشهيتِ: أي أطعمتهم شهوتهم. انتهى بتصحيح النص من «الدلائل» نفسه، وأصل حديثه عند مسلم (١٦٥٠)، لكنه بالواو كما ذكر الزيلعي.

ثم قال الزيلعي رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى وأعلى مقامه في عليين ٣/ ٢٩٧: فائدة: المقصود الأعظم من هذا الحديث الدليل على جواز تقديم الكفارة على الحنث، وعدم الجواز، والأول مذهب الشافعي، والثاني مذهبنا، واستنباط ذلك من تتبع ألفاظه، واختلاف رواياته، فنقول... إلخ ما ذكره، فانظره ثمة ففيه الفوائد المهمة.

(١) سقطت من (و).

(٢) في (هـ) و(ز) غير منقوطة .

فصلٌ «في الحلف على المعاصي والتحريم»

فصلٌ

ومن حَلَف على مَعصيةٍ مثلَ أن لا يُصَلِّيَ، أوْ لا يُكَلِّمَ أباه، أو لَيَقتُلَنَّ فُلانًا: ينبغي أن يُحنِثَ نفسَه، ويُكَفِّرَ عن يَمينه؛ لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «مَن حَلَف على يَمينٍ فرَأى غيرَها خَيرًا منها: فليَأتِ بالذي هو خَير، ثم لْيُكَفِّرْ عن يَمينه»(١).

(١) قال في «نصب الراية» ٣/ ٢٩٦: أخرجه مسلم (١٦٥٠) عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من حلف على يمين، فرأى غيرها خيرًا منها، فليأت الذي هو خير، وليكفر عن يمينه». انتهى، وأخرج البخاري (٦٧٢٢) ومسلم (١٦٥٠) عن عبد الرحمن بن سمرة قال: قال لي النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «يا عبد الرحمن! إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيرًا منها: فأت الذي هو خير، وكفر عن يمينك». انتهى.

والمصنف استدل بهذا الحديث على استحباب الحنث والتكفير لمن حلف على معصية، ولم أجده بلفظ: «ثم ليكفر»، إلا عند الإمام أبي محمد قاسم بن ثابت بن حازم السرقسطي في كتاب «غريب الحديث» («الدلائل في غريب الحديث» ١٢٩)، فقال: أخبرنا أبو العلاء، ثنا علي بن معبد، ثنا الوليد بن القاسم بن الوليد الهمداني أبو القاسم الكوفي، ثنا يزيد بن كيسان أبو إسماعيل، عن أبي حازم، عن أبي هريرة: أن رجلًا أعتم عنده، فسأل صبيتُه أمهم الطعام، فقالت: حتى يجيء أبوكم، فنام الصبية، فجاء أبوهم، فقال: أأشهيتِ الصبية؟ فقالت: لا، كنت أنتظر مجيئك، فحلف أن لا يطعم، ثم قال بعد ذلك: أيقظيهم، وجيء بالطعام، فسمى الله وأكل، ثم غدا على رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فأخبره بالذي صنع، فقال النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من حلف على يمين فرأى خيرًا منها فليأته ثم=

قَولُه: (ومن حَلَف على مَعصيةٍ...) إلى آخِره: التَّمسُّكُ بالحَديث أن يَقولَ: إنَّ ظاهِرَه يَقتَضي وُجوبَ الحِنثِ إذا لم يكن المَحلوفُ عليه مَعصيةً، بل يتخيَّرُ المَرءُ فيه بين البِرِّ والحِنثِ، لكنِ الحِنثُ خيرٌ من البِرِّ، فأَولى أن يَجِبَ عليه الحِنثُ إذا كان مَعصيةً.

وقَولُه[1] تعالى: ﴿وَٱحۡفَظُوٓاْ أَيۡمَٰنَكُمۡۚ﴾ [المائدة:٨٩] مَحمولٌ على ما يَجِبُ إتمامُ البِرِّ فيها، كالمَعقود على الطَّاعة، أو على ما يَستَوي فيه البِرُّ والحِنثُ.

واليَمينُ في القَتل[2] ينبَغي أن تكونَ مُؤَقَّتةً لوَقتٍ[3] مُعيَّنٍ، أمّا لو حَلَف ليَقتُلَنَّ فُلانًا مُطلَقًا: فإنَّما يَحنَثُ في آخِر جُزءٍ من أجزاء حَياتِه.

وليس على الكافِر كَفّارةُ اليَمين؛ لأنها عِبادةٌ منه، والكافِرُ ليس من أهل العِبادة.

قَولُه: (لأنها عِبادةٌ) لأنَّ الكَفّارةَ كاسمها سَتّارةٌ للذَّنب، وذلك بما هو قُربةٌ وطاعةٌ، قال اللهُ تعالى: ﴿إِنَّ ٱلۡحَسَنَٰتِ يُذۡهِبۡنَ ٱلسَّيِّـَٔاتِۚ﴾ [هود:١١٤].

ولأنها تَتأدَّى بالصَّوم الذي هو مَحضُ العِبادةِ، وتُشتَرط نيّةُ العِبادةِ.

=ليكفر عن يمينه». انتهى. قال السرقسطي: أَأشهيتِ: أي أطعمتهم شهوتهم. انتهى بتصحيح النص من «الدلائل» نفسه، وأصل حديثه عند مسلم (١٦٥٠)، لكنه بالواو كما ذكر الزيلعي.

ثم قال الزيلعي رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى وأعلى مقامه في عليين ٣/ ٢٩٧: فائدة: المقصود الأعظم من هذا الحديث الدليل على جواز تقديم الكفارة على الحنث، وعدم الجواز، والأول مذهب الشافعي، والثاني مذهبنا، واستنباط ذلك من تتبع ألفاظه، واختلاف رواياته، فنقول... إلخ ما ذكره، فانظره ثمة ففيه الفوائد المهمة.

(١) في (و): قوله.

(٢) في (و): النفل.

(٣) في (و): بوقت.

وَمَن حَرَّم على نفسِه شيئًا مما يَملِكُه: فإنه لم يَصِر مُحرَّمًا، وعليه إن استباحَه كَفّارةُ يَمين، قال الله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ﴾ [التَّحْرِيم:١] ، ثم قال ﴿قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَـٰنِكُمْ﴾ [التَّحْرِيم:٢].

قَولُه: (لم يَصِر مُحَرَّمًا) لأنَّ تَحريمَ الحَلالِ ليس إلى العِباد، بل إلى الله تعالى[١]؛ لأنَّه قَلبُ المَشروعِ، لكنَّ العبدَ مَنَع نَفسَه عن ذلك الشَّيءِ، فيصيرُ ذلك مُحرَّمًا لغَيره[٢]، فإذا أَقدَم على ذلك الشَّيءِ وعَدَّه مُباحًا: عليه كَفّارةُ يَمينٍ؛ لأنه استَباح ذلك المُحرَّمَ لغَيره، لا أن يَصيرَ مُحرَّمًا عليه عَينًا ثم يَستَبيحَه، إذ ليس ذلك إلى العَبد.

قَولُه: (استَباحه) أي عامَله مثلَ ما يُعامِلُ المُباحَ، بأن أَقدَم عليه وباشَره، كذا قاله شَيخُنا رَضِيَ اللهُ عَنهُ[٣].

---

(١) روى الترمذي (٣٠٩٥) عن عدي بن حاتم قال: أتيت النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وفي عنقي صليب من ذهب، فقال: «يا عدي! اطرح عنك هذا الوثن»، وسمعته يقرأ في سورة براءة: ﴿ٱتَّخَذُوٓاْ أَحْبَارَهُمْ وَرُهْبَـٰنَهُمْ أَرْبَابًا مِّن دُونِ ٱللَّهِ﴾، قال: «أما إنهم لم يكونوا يعبدونهم، ولكنهم كانوا إذا أحلوا لهم شيئًا استحلوه، وإذا حرموا عليهم شيئًا حرموه».

(٢) في (هـ): كغيره، والمثبت من (و). وانظر «البناية» ٦/ ١٤٠.

(٣) قال في «الهداية» ٢/ ٣٢٠: ثم إذا فعل مما حرمه قليلًا أو كثيرًا: حنث ووجبت الكفارة، وهو المعنيُّ من الاستباحة المذكورة؛ لأن التحريم إذا ثبت تناول كل جزء منه.

وقال في «العناية» ٥/ ٨٨ بعد تقرير هذا وشرحه: وبهذا التقرير يندفع ما قيل: إن بين قوله: (لم يصر محرمًا) وبين قوله: (وعليه إن استباحه) تنافيًا؛ لأن الاستباحة إنما تستعمل فيما إذا كان ثمة تحريم، وقوله: لم يصر محرمًا ينافيه.

وذلك لأن قوله: لم يصر محرمًا معناه محرمًا لعينه، وقوله: إن استباحه إشارة إلى الحرمة لغيره.

وعورض بأن اليمين إما أن يذكر مقسم بهوهو عند ذكر اسم من أسماء الله أو صفة من صفاته كما تقدم، أو بأن يذكر شرط وجزاء، وليس شيء منهما بموجود، فكيف صار يمينًا. =

قيل: إنَّ النَّبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حَرَّم العَسَلَ على نفسه[1]، وقيل: مارِيَةَ، فقال الله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ...﴾الآيةَ[2] [التحريم:١]، ثم قال: ﴿قَدْ فَرَضَ

= وأجيب: بسقوطها بقوله تعالى ﴿قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَٰنِكُمْ﴾ بعد قوله ﴿لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ﴾ في تحريم العسل أو تحريم مارية، أطلق الأيمان على تحريم الحلال وفرض تحلة الأيمان، والرأي لا يعارض النصوص السمعية. انتهى.

(١) روى البخاري (٥٢٦٨) ومسلم (١٤٧٤) عن عائشة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهَا، قالت: كان رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يحب العسل والحلواء، وكان إذا انصرف من العصر دخل على نسائه، فيدنو من إحداهن، فدخل على حفصة بنت عمر، فاحتبس أكثر ما كان يحتبس، فغرت، فسألت عن ذلك فقيل لي: أهدت لها امرأة من قومها عكة من عسل، فسقت النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ منه شربة، فقلت: أما والله لنحتالن له، فقلت لسودة بنت زمعة: إنه سيدنو منك، فإذا دنا منك فقولي: أكلت مغافير؟ فإنه سيقول لك: لا، فقولي له: ما هذه الريح التي أجد منك؟ فإنه سيقول لك: سقتني حفصة شربة عسل، فقولي له: جَرَسَت نحلُهُ العُرفُطَ، وسأقول ذلك، وقولي أنت يا صفية ذاك، قالت: تقول سودة: فوالله ما هو إلا أن قام على الباب، فأردت أن أباديه بما أَمَرْتِنِي به فَرَقًا منكِ، فلما دنا منها قالت له سودة: يا رسول الله! أكلت مغافير؟ قال: «لا»، قالت: فما هذه الريح التي أجد منك؟ قال: «سقتني حفصة شربة عسل»، فقالت: جَرَسَت نحلُه العُرفُطَ، فلما دار إلي قلت له نحو ذلك، فلما دار إلى صفية قالت له مثل ذلك، فلما دار إلى حفصة قالت: يا رسول الله! ألا أسقيك منه؟ قال: «لا حاجة لي فيه» قالت: تقول سودة: والله لقد حَرَمْناه، قلت لها: اسكتي.

ورواه البخاري (٤٩١٢) ومسلم (١٤٧٤) واللفظ له عن عبيد بن عمير يخبر أنه سمع عائشة تخبر: أن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان يمكث عند زينب بنت جحش فيشرب عندها عسلًا، قالت: فتواطأت أنا وحفصة أن أيتنا ما دخل عليها النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فلتقل: إني أجد منك ريح مغافير، أكلت مغافير؟ فدخل على إحداهما، فقالت ذلك له، فقال: «بل شربت عسلًا عند زينب بنت جحش، ولن أعود له»، فنزل: ﴿لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ﴾ إلى قوله: ﴿إِن تَتُوبَآ﴾ لعائشة وحفصة، ﴿وَإِذْ أَسَرَّ ٱلنَّبِيُّ إِلَىٰ بَعْضِ أَزْوَٰجِهِۦ حَدِيثًا﴾ لقوله: «بل شربت عسلًا».

(٢) مثبتة من (هـ).

ٱللَّهُ لَكُمۡ تَحِلَّةَ أَيۡمَٰنِكُمۡۚ﴾[1] [التحريم:٢] ، أي قَدَّر اللهُ لكم ما تُحَلِّلون به أيمانكم، وهي الكفَّارةُ المُقدَّرةُ.

فإن قال: (كُلُّ حِلٍّ عليَّ حَرامٌ): فهو يَقَعُ على الطَّعام والشَّراب، إلا أن يَنويَ غيرَ ذلك.

قَولُه: (كلُّ حِلٍّ[2] عليَّ حَرامٌ...) إلى آخِره.

القِياسُ: أن يَحنَثَ كما فَرَغ؛ لأنه باشَر فِعلًا مُباحًا، وهو التَّنفُّسُ وغيرُه.

(١) روى الطبراني (١٢٦٤٠) عن ابن عباس في قول الله عَزَّوَجَلَّ: ﴿وَإِذۡ أَسَرَّ ٱلنَّبِيُّ إِلَىٰ بَعۡضِ أَزۡوَٰجِهِۦ حَدِيثٗا﴾ قال: دخلت حفصة على النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في بيتها وهو يطأ مارية، فقال لها رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا تخبري عائشة حتى أبشرك ببشارة، فإن أباك يلي من بعد أبي بكر إذا أنا مت»، فذهبت حفصة فأخبرت عائشة أنها رأت النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يطأ مارية وأخبرتها أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أخبرها أن أبا بكر يلي بعد رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ويلي عمر من بعده، فقالت عائشة للنبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: من أنبأك هذا؟ قال: «نبأني العليم الخبير»، فقالت عائشة: لا أنظر إليك حتى تحرم مارية، فحرمها، فأنزل الله عَزَّوَجَلَّ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ﴾.

وروى سعيد بن منصور (١٧٠٧) والبيهقي (١٥٠٧٧) عن الضحاك: أن حفصة أم المؤمنين رَضِيَ اللهُ عَنْهَا زارت أباها ذات يوم وكان يومها، فلما جاء النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فلم يرها في المنزل فأرسل إلى أمته مارية القبطية، فأصاب منها في بيت حفصة، فجاءت حفصة على تلك الحالة فقالت: يا رسول الله! أتفعل هذا في بيتي وفي يومي؟ قال: «فإنها علي حرام، لا تخبري بذلك أحدًا»، فانطلقت حفصة إلى عائشة فأخبرتها بذلك، فأنزل الله عَزَّوَجَلَّ في كتابه: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَۖ﴾ إلى قوله: ﴿وَصَٰلِحُ ٱلۡمُؤۡمِنِينَۖ﴾، فأمر أن يكفر عن يمينه ويراجع أمته. وبمعناه ذكره الحسن البصري مرسلًا.

وروى النسائي (٣٩٥٩) أمر تحريم الامة دون تعيينها.

(٢) في (هـ): حلال.

وفي الاستِحسان: يَقَعُ على الطَّعام والشَّرابِ؛ لأنَّ غَرَضَ الحالِفِ البِرُّ دون الحِنثِ، ولو حَمَلناه على العُموم: لا يَتحَقَّقُ مَعنى البِرِّ، فيَنصَرِفُ إلى ما يُتناوَلُ عادةً، وهو المَأكولُ والمَشروبُ.

ولا يَتناوَلُ المَرأةَ إلا بالنِّيَّة، فإذا نَواها: كان إيلاءً، وهذا كُلُّه جَوابُ الرِّوايةِ، ومَشايخُنا رَحِمَهُمُ اللَّهُ قالوا: يَقَعُ به الطَّلاقُ من غير نِيَّةٍ؛ لغَلَبة الاستِعمالِ[1].

وفي قوله بالفارِسيّة: (هَرْچِه[2] بَدَسْتْ[3] رَاسْتْ كِيرِم بَرْوَى[4] حَرامْ)[5]: كان فقَهاؤُنا بسَمَرْقَندَ[6] يُفتون بأنه الطَّلاق؛ لغَلَبة العُرفِ في استِعمال هذا اللَّفظ في اليَمين لإرادة الطَّلاق.

وذُكِر في «مَبسوط» البَزدويِّ: وبعضُ المَشايخِ بسَمَرقَندَ يَقولون: من قال: (هَرْجَهْ بَدَسْتْ رَاسْتْ كِيرِم بَرْمَن حَرام): يُجعَلُ طَلاقًا، ولا يُنَوَّى[7] في ذلك، ويَقولون: مُرادُ

---

(١) أي أن الرواية في المذهب تبني الحكم على نيته، كما مر في الإيلاء، ولكن العرف حَتَّم معنًى واحدًا لهذا اللفظ، وهو الطلاق، فحكمنا به ولم نسأل عن نيته، ومع وقوعه بلا نية يبقى بائنًا لا رجعيًّا، وانظر تفصيل هذه الأحكام في رسالتي: «إعلام الأنام بوقوع الطلاق بلفظ علي الحرام».

(٢) في سوى (ج): هرج.

(٣) في (أ): بردست.

(٤) في سوى (ج): برمن.

(٥) هرجه: معناه كل شيء. بدست: معناه بيدي. راست: معناه اليمين، يعني بيدي اليمين. كيرم: معناه علي. «البناية» ٦/ ١٤٢.

(٦) في (أ): فقهاء سمرقند.

(٧) بتَشدِيد الواوِ، مَعناه: أن الاعتِبارَ للنِّيَّة وعدَمِها، فإن نَوى بهذه الألفاظِ الطَّلاقَ وَقَع الطَّلاقُ، وإن لم يَنوِ لا يَقَعُ؛ لأنها من الكِنايات عندهم، فلا بُدَّ من النِّيَّة. «رمز الحقائق» ٦/ ٣٧١.

العامّةِ من هذا اللَّفظِ: الطَّلاقُ، ولم يَتَّضِح لي عُرفُ النَّاسِ في هذا، فإنَّ مَن لا امرأةَ له[1] بهذا يَحلِفُ أيضًا، ولو كان العُرفُ مُستَفيضًا: لَمَا استَعملَه إلا ذو الحِيلةِ، ولأنه متى نُصَّ على لَفظ التَّناوُلِ باليَد: فالظَّاهِرُ أنَّه يُرادُ به ما يُتناوَل باليَد، وهو المَأكولُ والمَشروبُ، فالصَّحيحُ أن يُقيَّدَ الجَوابُ في هذا.

ونَقولُ: إن نَوى الطَّلاقَ: يكونُ طَلاقًا، فأما[2] من غير دَلالةٍ فالاحتِياطُ أن يَقِفَ الإنسانُ فيه، ولا يُخالِفَ المُتقدِّمين[3].

(١) في (و): عرف الناس فإن من قال لمرأة له.

(٢) في (هـ): ما. والمثبت من (ز).

(٣) أي في هذه المسألة خاصة، لا في مسألة (علي الحرام)، إذ تقدم الحكم في هذه قريبًا أنه يقع بها الطلاق لغلبة الاستعمال.

تتمة وتنبيه: اعلم أن هذه المسألة -مسألة الحلف بالحرام- مما ابتلي بها المسلمون، وامتُحن بها الفقهاء، لشيوعها على الألسن بكثرة، وصيرورتها عرفًا في الطلاق في كل عصر ومصر، وقد استقر الترجيح فيها عند علماء مذهبنا على أنه من ألفاظ الطلاق التي لا يُحتاج معها إلى النية، بل يجعل ناويًا عرفًا، فلا يجوز للمفتي أن يسأل المستفتي عن نيته في هذا اللفظ لتعينه طلاقًا.

ثم ظهر من يفتي بالقول المرجوح القديم، الموافق لعرف لم يعد موجودًا، وهو السؤال عن نيته بنحو ما تقدم، فخالف المذهب أصولًا وفروعًا، وحلل من الفروج ما حرمه الله تعالى ورسوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

وقد كتبت رسالة في ذلك أسميتها: «إعلام ذوي الأفهام بوقوع الطلاق بلفظ عليَّ الحرام»، نقلت فيها أقوال أصحاب المتون والشروح والحواشي والفتاوى وغيرهم: على وقوع الطلاق بهذا اللفظ من غير نية، وأنه لم يخالف أحد في ذلك من أهل مذهبنا، وأن الأصول والقواعد تقتضي ذلك، ورددت على شبه من لم يعلم فأفتى بخلاف الراجح فَضَلَّ وأضلَّ، ولا نقول إلا حسبنا الله ونعم الوكيل.

فصل في النذر المطلق والمعلق وغير ذلك

فصلٌ

ومَن نَذَر نَذرًا مُطلَقًا: فعليه الوَفاء به؛ لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «من نَذَر وسَمّى فعليه الوَفاءُ بما سَمّى»(١).

قَولُه: (ومن نَذَر نَذرًا مُطلَقًا): اعلَم أنَّ ههنا أربعَ مَسائِلَ:

الأُولى: أن يَنذِرَ نَذرًا مُطلَقًا بأن يَقولَ: (لله عليَّ نَذرٌ -أو نَذرُ اللهِ-) فحَسبُ، فعلَيه كَفّارةُ يَمينٍ، وهذا التِزامٌ لكَفّارة اليَمينِ ابتِداءً بهذه العِبارةِ، قال النبيُّ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «مَن(٢) نَذَر نَذرًا وسَمّى: فعلَيه الوَفاءُ به، ومن نَذَر نَذرًا ولم يُسَمِّ: فعلَيه كَفّارةُ يَمينٍ»(٣).

الثّانيةُ: أن يَقولَ: (لله عليَّ صَومُ يومِ الجُمُعةِ)، فعليه الوفاء به، وهو المذكورُ في

---

(١) قال في «نصب الراية» ٣/ ٣٠٠: غريب، وفي وجوب الوفاء بالنذر أحاديث: منها ما أخرجه البخاري (٦٦٩٩) عن سعيد بن جبير عن ابن عباس: أن رجلًا قال: يا رسول الله! إن أختي نذرت أن تحج، وإنها ماتت قبل أن تحج، فقال عَلَيْهِ السَّلَامُ: «لو كان عليها دين أكنت قاضيه؟»، قال: نعم، قال: «فاقض الله، فهو أحق بالقضاء». انتهى. وفي رواية له (١٨٥٢): إن أمي... إلخ.

(٢) في (و): ألا من.

(٣) انظر التخريج السابق، وأما الفقرة الثانية فيشهد لها: حديث أبي داود وابن ماجه المتقدم: «مَن نَذَر نذرًا ولم يُسَمِّه فكفارته كَفّارةُ يَمينٍ».

أول الفصل(١)، فهذا مُطلقٌ من حيث إنه لم يُعلِّقه بشرطٍ، يعني لم يقل: (إذا جاء فلانٌ فللّه عليَّ صومُ يومِ الجُمُعة).

الثَّالِثةُ: إذا عَلَّق نَذرَه بشَرطٍ، كما ذَكَرنا.

الرَّابِعةُ: أن يَقولَ: (عليَّ نَذرٌ -أو نَذرًا لله-) بأن قال: عليَّ نَذرٌ أن لا(٢) أفعلَ كذا، أو نَذرًا لله أن لا أفعلَ كذا، فهذا يَنعَقِدُ يَمينًا، ومُوجَبُه مُوجَبُ اليَمينِ، كذا ذَكَره الشَّيخُ الإمامُ بَدرُ الدِّينِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

ومَن عَلَّق نَذرَهُ بشَرطٍ فوُجِد الشَّرطُ: فعليه الوَفاءُ بنَفس النَّذر؛ للحَديث(٣).

وعن أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه رَجَع عن ذلك إلى الكفّارة، رواهُ عبدُ العَزيزِ بنُ خالِدٍ التِّرمِذيّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، عن الوَليد، عن أَبان، عن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ(٤)، وقال: عليه الكَفّارةُ؛ لقوله عَلَيۡهِ ٱلسَّلَامُ: «النَّذرُ يَمين، وكَفّارَتُه كفّارةُ اليَمين»(٥).

رُوِيَ أنَّ عبدَ العَزيزِ بنَ خالِدٍ التِّرمذيَّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ قال: خَرَجتُ حاجًّا، فلَمّا دَخَلتُ الكُوفةَ قَرَأتُ كِتابَ النُّذورِ والكَفّاراتِ على أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، فلَمّا انتَهيتُ إلى هذه المَسألةِ قال: قِفْ؛ فإنَّ مِن رَأيي أن أَرجِعَ. فلَمّا رَجَعتُ من الحَجِّ إذا أبو حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ تُوفِّي، فأخبَرَني الوَليدُ بنُ أبانَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ أنَّه رَجَع قبل مَوتِه بسَبعة أيّامٍ فقال: يَتخَيَّر.

---

(١) وهو قوله: ومَن نَذَر نَذرًا مُطلَقًا: فعليه الوَفاء به.

(٢) سقطت من (هـ).

(٣) أي الحديث السابق.

(٤) قوله: (عن الوَليد، عن أَبان، عن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ) مثبت من (أ).

(٥) تقدم تخريجه قريبًا.

ويُبيِّنُ بهذا أنَّ قولَه: (وعليه الكفّارةُ) ليس على الحَتم، بل على التَّخيُّر[1].

وعن محمّدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إن عَلَّقه بشيءٍ يُريدُ كونَه كما إذا قال: (إن شَفى اللهُ مَريضي -أو قَدِم غائبي- فعَليَّ كذا): فعليه الوَفاءُ بالنَّذر، وإن عَلَّقه بشيءٍ لا يُريدُ كونَه كما إذا قال: (إن كَلَّمتُ فُلانًا -أو إن شَرِبتُ الخَمرَ-): فعليه الكَفّارةُ، وإن شاء وَفى بالنَّذر.

وقَولُ محمّدٍ تَفسيرٌ لقَول أبي حنيفةَ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ، فقد ذُكِر في «الهداية» وغيرِها: عن أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ أنَّه رَجَع عنه، وقال: إن قال: (إن فَعلتُ كَذا فعليَّ صَومُ سَنَةٍ) أَجزَأه من ذلك كَفّارةُ يَمينٍ، وهو قَولُ محمّدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

ويَخرُجُ عن العُهدة بالوَفاء بما سَمّى أيضًا، وهذا إذا كان شَرطًا لا يُريدُ كونَه؛ لأنَّ فيه مَعنى اليَمينِ؛ لأنه قَصَد به المَنعَ عن إيجاد[2] الشَّرطِ؛ لأنه يَمتَنِعُ عن التِزام هذه الطّاعاتِ بالنَّذر مَخافةَ أن لا يفيَ بها، فيَلحَقُه الوَعيدُ، وهو بظاهره نَذرٌ، فيَتخيَّرُ ويَميلُ إلى أيِّ الجِهتَين شاء، بخِلاف ما إذا كان شَرطًا يُريدُ كونَه؛ لانعِدام اليَمينِ فيه.

ومن حَلَف لا يَدخُلُ بَيتًا فدَخَل الكَعبة، أو المَسجِدَ، أو الكَنيسة، أو البِيعة: لم يَحنَث؛ لأن هذه المَواضِعَ لا تُراد[3] بهذه اللَّفظِ عُرفًا.

قَولُه: (لأنَّ هذه المواضِعُ لا تُراد بهذا اللَّفظِ عُرفًا) لأنَّ البَيتَ اسمٌ لمَوضِعٍ أُعِدَّ للبَيتوتة، وهذه البِقاعُ ما بُنِيَت لها.

---

(١) في (و): التخيير.

(٢) سقطت من (و).

(٣) في (أ): لا تدخل، وفي (ب) و(ج): لا يراد.

فإن قيل: أليس أنَّ اللهَ تعالى سَمّى الكَعبةَ بيتًا بقوله: ﴿إِنَّ أَوَّلَ بَيْتٍ وُضِعَ لِلنَّاسِ﴾ [آل عمران:٩٦]، وسَمّى المَساجِدَ بيوتًا بقوله: ﴿فِي بُيُوتٍ أَذِنَ ٱللَّهُ أَن تُرْفَعَ﴾؟ [النور:٣٦]

قُلنا: الأيمانُ لا تُبتَنى على ألفاظ القُرآنِ، وقد سَمّى بَيتَ العَنكَبوتِ بَيتًا[١]، وهذا لا يَدُلُّ على أنَّ مُطلَقَ اسمِ البَيتِ يَتناوَلُه.

ولو حَلَفَ أن لا يَتكَلَّم، فقَرأ القُرآنَ في الصَّلاة: لم يَحنَث، وكذلك لو قَرأَها خارِجَ الصَّلاةِ في عُرفِنا لا يَحنَث[٢]؛ لأنه ليس بكَلام.

إذا قَرَأ في الصَّلاة لا يُسَمّى مُتكلِّمًا؛ لأنه يُقال في العُرف: فُلانٌ لم يَتكَلَّم في صَلاته، وإن كان قد أتى بأذكار الصَّلاةِ.

وفي عُرفنا: لا يَحنَثُ في غير الصَّلاةِ أيضًا؛ لأنه لا يُسَمّى مُتكَلِّمًا بل قارِئًا ومُسَبِّحًا[٣].

ولو حَلَف أن لا يَلبَسَ ثَوبًا وهو لابِسُه، فنزَعه في الحال: لم يَحنَث.

وقال زفر: يَحنَث، وهو القياس؛ لأنه بَقِيَ لابِسًا في السَّاعة اللَّطيفة.

لنا: أن هذه السَّاعةَ غيرُ مُرادةٍ باللَّفظ؛ لأن المَقصودَ هو البِرّ، ولا يُمكِنه البِرُّ إلا أن تكون هذه السّاعةُ مُستَثناةً[٤].

---

(١) أي في قوله تعالى: ﴿مَثَلُ ٱلَّذِينَ ٱتَّخَذُوا۟ مِن دُونِ ٱللَّهِ أَوْلِيَآءَ كَمَثَلِ ٱلْعَنكَبُوتِ ٱتَّخَذَتْ بَيْتًا ۖ وَإِنَّ أَوْهَنَ ٱلْبُيُوتِ لَبَيْتُ ٱلْعَنكَبُوتِ ۖ لَوْ كَانُوا۟ يَعْلَمُونَ﴾.

(٢) هذه الجملة مثبتة من (ب).

(٣) وكذلك العرف اليوم.

(٤) في (أ): هذه غير مرادة باللفظ.

وكذلك لو حَلَف لا يَركَبُ هذه الدَّابّةَ فنَزَل في ساعته: لم يَحنَث، وإن مكث ساعةً راكبًا: حَنِث.

قَولُه: (وإن مَكَث ساعةً راكِبًا: حَنِث) الاستِدامةُ على ما يُستَدامُ كالإنشاء، قال اللهُ تعالى: ﴿وَإِمَّا يُنسِيَنَّكَ ٱلشَّيۡطَٰنُ فَلَا تَقۡعُدۡ بَعۡدَ ٱلذِّكۡرَىٰ مَعَ ٱلۡقَوۡمِ ٱلظَّٰلِمِينَ﴾ [الأنعام:٦٨] أي لا تَمكُثُ قاعِدًا.

والرُّكوبُ ممّا يُستَدام، ألا تَرى أنه يُضرَب[1] له مُدّةٌ، يُقال: (رَكِبتُ يومًا)، بخِلاف الدُّخولِ؛ فإنه ليس بمُستَدامٍ، ولهذا لا يُضرَبُ له مُدّةٌ، فلا يُقال: (دَخَل يومًا -أو شهرًا[2]-)[3].

---

(١) في (و): لم يضرب.

(٢) في (ز): يوما وشهرا.

(٣) ضابط مهم: قال المصنف رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَىٰ في «الكافي» ٤/ ٥٤٦: الأصل أن ما لا يمتد من الأفعال لا يعطى لدوامه حكم الابتداء، وما يمتد من الأفعال يعطى لدوامه حكم الابتداء، والدليل عليه قوله تعالى: ﴿فَلَا تَقۡعُدۡ بَعۡدَ ٱلذِّكۡرَىٰ مَعَ ٱلۡقَوۡمِ ٱلظَّٰلِمِينَ﴾، أي لا تمكث قاعدًا، وقال عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لا تتبع النظرة النظرة؛ فإن الأولى لك، والثانية عليك».

والفارق بين الممتد وغير الممتد من الأفعال: صحة قران المدة وعدم الصحة.

فكل فعلٍ يصح قران المدة به فهو مما يمتد، كالسكنى، والركوب، واللبس، والنظر، والقعود، والقيام، فإنه يصح أن يقال: سكن في الدار يومًا، وركب يومًا، ولبس يومًا، ونظر إلى فلانٍ يومًا، وقعد يومًا، وقام يومًا.

وكل فعلٍ لا يصح قران المدة به فهو مما لا يمتد، كالدخول والخروج؛ إذ لا يصح أن يقال: خرج يومًا من الدار، أو: دخل يومًا في الدار، بمعنى ضرب المدة والتوقيت.

لأن الدخول هو الانفصال من الخارج إلى الداخل، والخروج بعكسه، ولم يوجد الانفصال من الخارج إلى الداخل بعد يمينه، وإنما وجد المكث فيها، وذا غير الدخول؛ ألا ترى أنه يقال للقاعد:=

وإذا حَلَف لا يَدخُلُ هذه الدارَ: لم يَحنَث بالقُعود، حتى يَخرُجَ ثم يَدخُلَ؛ لأن الدُّخولَ عِبارةٌ عن الانتِقال من الخارِج إلى الداخِل.

ولو حَلَف لا يَدخُلُ دارًا فدَخَل دارًا خَرابًا: لا يَحنَث؛ لأنه ليس بدارٍ من كلّ وجهٍ.

الدَّارُ: اسمٌ للعَرْصة عند العَرَبِ والعَجَمِ، يُقال: دارٌ عامِرةٌ، ودارٌ غامِرةٌ[1]، ألا تَرى أنَّ العَرَبَ أَطلَقَت اسمَ الدَّارِ على الخَرِبات التي لم يَبقَ منها إلا الآثارُ! قال القائِلُ[2]:

عَفَت الدِّيـارُ مَحَلُّها فمَقامُها[3] ....

وقال آخَرُ[4]:

=(اقعد هنا) كما يقال لغيره، ولا يقال للداخل: (ادخل هذه الدار).

ولو نوى الابتداء الخالص صدق؛ لكونه محتمل كلامه.

(١) في (و): ودار غير عامرة.

(٢) هو لبيد بن ربيعة العامري رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، والبيت في «ديوانه» ص١٦٣، وتمامه ثمة:

عَفَـتِ الدِّيـارُ مَحَلُّهـا فمَقامهـا ... بمنَـى تأبـد غَولهـا فرِجامهـا

(٣) عفت الديار تعفو عَفاءً: أي درست وغطاها التراب، وعفتها الريح: أي جعلتها كذلك، يتعدى ولا يتعدى، محلها: أي موضع حلولها أي نزولها، وقد حل: من حد دخل، وهو بدل عن الديار، والمقام: موضع الإقامة بالضم، والمَقام بفتح الميم: موضع القيام، والرواية ههنا بالفتح، وللضم وجه، بمنى: هو اسم موضع بمكة، تأبد: أي توحش، غولها ورجامها: هما جبلان، قاله الأصمعي، وقيل: الغول واد والرجام جبل، وأصل الغول: المكان السهل، والرِّجامُ: الحجارة جمع رُجْمة بضم الراء وتسكين الجيم، وهي الحجر الضخم. «الطلبة» ص٦٨.

(٤) هو النابغة الذبياني، والبيت في «ديوانه» ص٣٢.

يـا دارَ مَيّـةَ بالعَليـاء فالسَّـنَدِ أَقْوَتْ وطالَ عليها سالِفُ الأَمَدِ[1]

والبِناءُ وَصفٌ فيها، غيرَ أنَّ الوَصفَ في الحاضِر لَغوٌ؛ لأنَّ الإشارةَ أبلَغُ في التَّعريف، فلا حاجةَ إلى ذِكر الصِّفةِ التي هي للبَيان والتَّوضيحِ، وفي الغائِبُ مُعتبَرٌ؛ لأنَّ الغائِبَ يُعرَف بالصِّفات.

فإن قيل: البِناءُ[2] وإن[3] كان داخِلًا في المُسَمّى فلا يَفترِقُ[4] الحالُ بالتَّعريف والتَّنكير، وإن لم يكن داخِلًا، فكذا لا يَختَلِفُ، كما إذا حَلَف لا يُكَلِّمُ رَجُلًا: لا يَتقيَّدُ يَمينُه برَجُلٍ عاقِلٍ عالِمٍ.

قيل له: صِفةُ البِناءِ مُتعيِّنةٌ في الدَّار، فجاز أن يكونَ مُرادُه بحُكم العُرفِ، وفي الرَّجُل تَزاحُمُ الصِّفاتِ ثابِتٌ، من العِلم والعَقلِ وغيرِهما، ولم يُوجَد العُرفُ المُعيِّنُ لأحِد النَّوعَين.

---

(١) الشطر الثاني مثبت من (هـ).

مية: اسم امرأة، والعلياء: اسم موضع، والسند كذلك، والعلياء في الأصل الأرض العالية، والسند المرتفع في أصل الجبل، أقوت: أي خلت، والقواء: الأرض الخالية، والقي كذلك، والسالف: الماضي، من حد دخل، والأبد: الدهر. «الطلبة» ص٦٩.

يقول: عفت ديار الأحباب وانمحت منازلهم، ما كان منها للحلول دون الإقامة وما كان منها للإقامة، وهذه الديار كانت بالموضع المسمى منى، وقد توحشت الديار الغولية والديار الرجامية منها لارتحال قطانها واحتمال سكانها. والكناية في غولها ورجامها راجعة إلى الديار، قوله: تأبد غولها: أي ديار غولها وديار رجامها، فحذف المضاف. «شرح المعلقات السبع» للزوزني ص١٧١.

(٢) في (و): البيان.

(٣) في (ز): إذا، والمثبت من (هـ).

(٤) في (و): فلا يعتبر.

فإن قيل: لو وَكَّل رَجُلًا بشِراء دارٍ، فاشتَرى دارًا خَرِبةً: يَقَعُ للمُوكِّل.

قيل: لأنها تُعرَف[1] من وَجه بَيانِ الثَّمَنِ والمَحَلّةِ، ولا كذلك ههنا[2].

ولو حَلَف لا يَدخُلُ هذه الدّارَ فدَخَلها بعدما انهدَمت وصارَت صَحراءَ: حَنِث؛ لأن كَمالَ المَشروطِ بقَضِيّة الإطلاقِ في الحاضِر لَغوٌ؛ لأنه من الصِّفات، والصِّفةُ في المُعَيَّن لَغو.

ومن حَلَف لا يَدخُلُ هذا البيتَ فدَخَل بعدما انهَدَم: لم يَحنَث؛ لأنه لم يَبقَ بَيتًا أصلًا؛ لأنه لا يُباتُ فيه عُرفًا.

قَولُه: (لأنَّ كَمالَ المَشروطِ بقَضِيّة الإطلاقِ في الحاضِر لَغوٌ) يعني أنَّ كَمالَ المَشروطُ -وهو العَمارةُ- بقَضِيّة الإطلاقِ[3]، أي يُحكَم بكَونها مَذكورةً مُطلَقًا؛ لأنَّ المُطلَقَ يَنصَرِفُ إلى الكامِل، فهذا الكَمالُ لَغوٌ في الحاضِر؛ لأنَّه بمَنزِلة الصِّفةِ، وهي غيرُ مُعتبَرةٍ في الحاضِر.

ولو حَلَف لا يُكَلِّمُ زَوجةَ فُلانٍ[4]، فطَلَّقَها فُلانٌ ثم كَلَّمَها: يَحنَث؛ لأن الإضافةَ إلى الزَّوجِ للتَّعريف لا للشَّرط.

---

(١) في (و): لا تعرف.

(٢) وإلا لم تصح الوكالة للجهالة المتفاحشة، وهي في اليمين منكرة من كل وجه فافترقا. «البحر» ٤/ ٣٢٥. وتوضيح الجوب أيضًا بما قاله في «العناية» ٥/ ٩٨: وأجيب: بأن الدار في الوكالة تعرفت بوجه؛ لأن التوكيل بشرائها إنما يصح عند بيان الثمن والمحلة، وليست في اليمين كذلك، فلا يلزم من صحة انعقاد الوكالة صحة انعقاد اليمين بلا صفة.

(٣) في (و) بقضية الإطلاق لغو.

(٤) في (ب): فلان هذه.

ولو حَلَف لا يُكَلِّمُ عبدَ فُلان، أوْ لا يَدخُلُ دارَ فُلان، فباع فُلانٌ عبدَه أو دارَه، فكلَّم أو دَخَل: لم يَحنَث؛ لأن العَبدَ لا يُقصَدُ بنفسِه في حَقِّ الهِجران، ولا الدّارُ بنفسِها، فكان شَرطًا.

قَولُه: (للتَّعريف لا للشَّرط) هذه الإضافةُ للتَّعريف: لأنَّ المَرأةَ مَقصودةٌ بالهِجران لعَينها، فلا يَتقيَّدُ اليَمينُ بها.

بخِلاف الدَّارِ والعَبدِ؛ فإنَّ الدَّارَ لا يُقصَد هِجرانُها لعَينها، بل لأذًى دَخَله من مالِكها، واليَمينُ يَتقيَّدُ بمَقصود الحالِف، فصار كأنَّه قال: (ما دامَت لفُلانٍ).

وكذا العَبدُ لا يُعادَى لذاته؛ لسُقوط مَنزِلَتِه عند الأحرارِ؛ لكَونه مُلحَقًا بالبَهائم[١]، فالظَّاهِرُ أنه إذا كان الأذى[٢] منه لا يُقصَد هِجرانُه باليَمين، ولا يُجعَل له هذه المَنزِلةُ، ولكن إنَّما يَختَلِفُ إذا كان الأذى من مالِكه.

وهذه الرِّوايةُ تُخالِفُ[٣] «الجامِعَ الصَّغيرَ»[٤].

ولو حَلَف أن لا يُكَلِّمَ صاحِبَ هذا الطَّيلَسانِ، فباعه ثم كَلَّمه: حَنِث؛ لأن هذا للتَّعريف لا للشَّرط.

---

(١) من حيث إنه يباع ويشترى.

(٢) في (هـ): لأذى.

(٣) في (و): لا تخالف.

(٤) قال في «الجامع الصغير» ص٢٦٤: وإن حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدًا بعينه أو امرأة فلان أو صديق فلان، فباع فلان عبده، أو طلق امرأته فبانت منه، أو عادى صديقه، فكلمهم: لم يحنث، وإن كانت يمينه على عبد بعينه أو امرأة بعينها أو صديق بعينه: لم يحنث في العبد وحنث في الصديق والمرأة، وقال محمد رَحِمَهُ اللَّهُ: يحنث في العبد أيضًا.

ولو حلَفَ أن لا يُكَلِّمَ هذا الشّابَّ فكَلَّمه بعدما شاخ، أو لا يأكُلَ لَحمَ هذا الحَمَلِ فأكَله بعدما صار كبشًا[1]: حَنِث؛ لأن الصِّفةَ في الحاضِر لَغو، في الغائِب مُعتبَر[2].

قَولُه: (وإن حَلَفَ لا يُكلِّمُ صاحِبَ هذا الطَّيلَسان...) إلى آخره: ظ هذه الإضافةُ للتَّعريف: لأنَّ الإنسانَ لا يُعادَى لمَعنًى في الطَّيلسان، فكان صاحِبُه مَقصودًا بالهِجران، فلا يَتقيَّدُ اليَمينُ به.

(١) في (ب): جَذَعًا.

(٢) هذه الجملة مثبتة من (ب).

فصل ﴿في اليمين في الأكل والشرب والتكليم﴾

فصلٌ

ومن حَلَفَ لا يَأْكُلُ من هذه النَّخلةِ: فهو على ثَمَرها؛ لأن عَينَها لا تُؤكَلُ عُرفًا.

الأكلُ: إيصالُ الشَّيءِ إلى جَوفه بفِيه، مَهشومًا أو غيرَ مَهشومٍ، مَمضوغًا أو غيرَ مَمضوغٍ، ممّا يَتأتّى فيه الهَشمُ والمَضغُ في حال إيصالِه.

والشُّربُ: إيصالُ الشَّيءِ إلى جَوفه، ممّا لا يَتأتّى فيه الهَشمُ والمَضغُ.

وإذا عُرِف هذا: عُلِم أنَّ عينَ النَّخلةِ لا تُؤكَل.

واعلَم أنَّ الحَقيقةَ تُترَك بأشياءَ: بدَلالة الاستِعمالِ والعادةِ[1]، وبدَلالة اللَّفظِ

---

(١) قال الإمام السرخسي في «أصوله» ١/ ١٩٠: تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال عرفًا؛ لأن الكلام موضوع للإفهام، والمطلوب به ما تسبق إليه الأوهام، فإذا تعارف الناس استعماله لشيء عينًا كان ذلك بحكم الاستعمال كالحقيقة فيه، وما سوى ذلك لانعدام العرف كالمهجور لا يتناوله إلا بقرينة، ألا ترى أن اسم الدراهم عند الإطلاق يتناول نقد البلد لوجود العرف الظاهر في التعامل به، ولا يتناول غيره إلا بقرينة لترك التعامل به ظاهرًا في ذلك الموضع، وإن لم يكن بين النوعين فرق فيما وضع الاسم له حقيقة.

وبيان هذا في اسم الصلاة، فإنها للدعاء حقيقة، قال القائل: وصلى على دنها وارتسم، وهي مجاز للعبادة المشروعة بأركانها، سميت به لأنها شرعت للذكر، قال تعالى: ﴿وَأَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ لِذِكۡرِيٓ﴾، وفي=

في نفسه[1]، وبدلالة حالِ المُتكلِّمِ[2]، ....

=الدعاء ذكر، وإن كان يشوبه سؤال، ثم عند الإطلاق ينصرف إلى العبادة المعلومة بأركانها، سواء كان فيها دعاء أو لم يكن، كصلاة الأخرس، وإنما تركت الحقيقة للاستعمال عرفًا. انتهى.

(١) أي إنباء المادة عن كمال، فيخص اللفظ بما فيه ذلك الكمال، كحلفه لا يأكل لحمًا ولا نية معممة لكل ما يطلق عليه لفظ لحم: لا يدخل السمك، أي لحمه في حلفه، إلا في رواية شاذة عن أبي يوسف لأنه سمي لحمًا في القرآن، قال تعالى: ﴿لِتَأْكُلُواْ مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا﴾ أي من البحر سمكًا، وإنما لم يدخل فيه على الصحيح حيث لا نية تدخله لإنبائه أي لفظ اللحم عن الشدة بالدم؛ لأن مادته تدل على الشدة والقوة، وسمي اللحم لحمًا لقوة باعتبار تولده من الدم الذي هو أقوى الأخلاط في الحيوان، وليس للسمك دم، بدلالة عيشه في الماء، وحله بلا ذكاة؛ لأن الدموي لا يعيش فيه، ولا يحل بدونها، فلكمال الاسم ونقصان في المسمى خرج من مطلق اللفظ؛ لأن الناقص فيه في مقابلة الكامل فيه بمنزلة المجاز من الحقيقة، فلا يحنث بأكله. «التقرير والتحبير» ١/ ٢٨٣.

وكقوله تعالى: ﴿فَمَن شَآءَ فَلْيُؤْمِن وَمَن شَآءَ فَلْيَكْفُرْۚ إِنَّآ أَعْتَدْنَا لِلظَّٰلِمِينَ نَارًا﴾، دل سياق الآية على أن صدرها للتهديد، وهذا نظيره مما قرن باللفظ ما يوجب ترك حقيقته إلى وجه يحتمله.

ومثاله من ألفاظنا: قول الرجل: لفلان علي ألف درهم إن شاء الله تعالى، فإنه لا يلزمه شيء؛ لأن العرب تتكلم بالخبر مرسلًا ومعلقًا، فكان التعليق بيانًا أنه لا إرسال، فلا يلزمه حكم الإرسال.

وإذا قال: لفلان علي ألف درهم لسبب، لزمه المال وبطل قوله: لسبب، لأنه لا بيان فيه بوجه بل هو رجوع محض والكلام لا يحتمله. «التقويم» ص١٢٨.

(٢) كقوله: (إن خرجت فطالق) عقيب تهيئها لخرجة لجّت فيها، أي حرضت عليها، لا يحنث به أي بخروجها بعد ساعة، وتسمى يمين الفور، وهو مأخوذ من فوران القدر، سميت به باعتبار صدورها من فوران الغضب؛ أو لأن الفور استعير للسرعة ثم سمي به الحالة التي لا لبث فيها، يقال: خرج من فوره أي من ساعته.

وأول من استخرجها أبو حنيفة، وكانوا قبل ذلك يقولون: اليمين مؤبدة كلا أفعل كذا، ومؤقتة كلا أفعل اليوم كذا، وهي مؤبدة لفظًا مؤقتة معنًى، تتقيد بالحال لكونها جوابًا بالكلام يتعلق بالحال، فالدليل على ترك الحقيقة في هذه الصورة: دلالة معنًى قائمٍ بالمتكلم، وحالة راجعة إليه، فإن=

وبدَلالة محَلِّ الكَلامِ[1]، وسَيجيءُ الكُلُّ في أثناء المَسائِلِ.

قَولُه: (فهو على ثَمَرها) الرِّوايةُ بثَاءٍ بثَلاث نُقَطٍ من فَوقُ؛ لأنَّه يَحنَثُ بأكل البُسْرِ، والرُّطَبِ، والتَّمرِ، وإنَّه يَتناوَلُ الكُلَّ، بخِلاف التَّمرِ؛ فإنَّه لا يَتناوَلُ البُسْرَ.

وإنَّما يَنصَرِفُ اليَمينُ إليه[2]: لأنَّه سَبَبٌ له، ولأنَّه مَحَلُّهُ، وإطلاقُ اسمِ السَّبَبِ على المُسَبَّب والمَحَلِّ على الحال سائِغٌ[3].

ومن حَلَفَ لا يأكُلُ من هذا البُسْرِ فأكَلَهُ رُطَبًا: لم يَحنَثْ؛ لأنه لم يَبقَ بُسْرًا، وقد تَغَيَّر خَواصُّه من العُفوصة[4] والحُمُوضة[5]، ولا كذلك الحَمَلُ.

قَولُه: (حَلَفَ لا يَأكُلُ من هذا البُسْرِ...) إلى آخِره: الأصلُ أنَّه مَتى عَقَد يَمينَه على عَينٍ بوَصفٍ بدَعوة ذلك الوَصفِ إلى اليَمين: يَتقَيَّدُ اليَمينُ ببَقاء ذلك الوَصفِ،

=التعليق في هذه الحالة دال على أنه قصد منعها من الخروج الذي تهيأت له، حتى كأنه قال: إن خرجت الساعة، فيتقيد به فيها. «التقرير والتحبير» ١/ ٢٨٤.

(١) بأن يكون المحل غير قابل للحقيقة، فإنَّ تعَذُّرَ قَبوله حكمها موجِبٌ لإرادة المجاز؛ ضرورة أن العاقل لا يستعمل الكلام في المفهوم الحقيقي في محل لا يقبله، وأن كلامه مصون عن الكذب واللغو بحسب الإمكان، كـ«إنما الأعمال بالنيات» وحديث «رفع الله عن أمتي الخطأ»، فإنه لو حمل هذان الحديثان على الحقيقة لما وجد عمل بلا نية ولا خطأ ولا نسيان، والواقع خلافه قطعًا، فتعين إرادة المجاز. «التقرير والتحبير» ١/ ٢٨٤ باختصار يسير.

(٢) أي إلى الثمر.

(٣) السبب النخل والمسبب الثمر، والمحل النخل والحال الثمر، فأطلق في اليمين السبب والمحل وأراد المسبب والحال.

(٤) في (أ): الحموضة، وفي الحاشية: (العفوصة) أصح.

(٥) في (ب): (إلى الحوالة) بدل (والحموضة). وقد سقطت من (ج).

كما إذا حَلَف لا يَأكُلُ من هذا الرُّطَبِ، فأكَل بعدما صار تَمرًا: لا يَحنَثُ؛ لأنَّ صِفةَ الرُّطوبةِ داعِيةٌ إلى اليَمين، فقد يَمتَنِعُ الإنسانُ مِن تَناوُلِ الرُّطَبِ دون التَّمرِ، وكذا صِفةُ البُسورةِ داعِيةٌ إلى اليَمين.

بخِلاف ما إذا حَلَف لا يُكَلِّمُ هذا الصَّبيَّ أو هذا الشَّابَّ؛ لأنَّ هِجرانَ المُسلِمِ بمَنع الكَلامِ مَنهِيٌّ عنه[1]، فلم يُعتبَر الدَّاعي في الشَّرع.

والمَهجورُ شَرعًا كالمَهجور عادةً.

بخِلاف ما إذا حَلَف لا يَأكُل لَحمَ هذا الجَمَلِ؛ لأنَّ صِفةَ الصِّغَرِ في هذا ليسَت بداعِيةٍ إلى اليَمين، فإنَّ المُمتَنِعَ منه أكثَرُ امتِناعًا من لَحم الكَبشِ.

ولو حَلَف لا يأكُلُ رُطَبًا فأَكَل بُسْرًا مُذَنِّبًا: حَنِث عند أبي حنيفةَ ومُحمّد رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا[2]؛ لأن جُزءًا منه رُطَبٌ.

---

(١) روى البخاري (٦٠٧٧) ومسلم (٢٥٦٠) عن أبي أيوب الأنصاري: أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لا يحل لرجل أن يهجر أخاه فوق ثلاث ليال، يلتقيان فيعرض هذا ويعرض هذا، وخيرهما الذي يبدأ بالسلام».

(٢) في (أ): عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ. وهذا موافق لما في «الهداية» ٢/ ٣٢٥.

لكن قال في «مجمع الأنهر» ١/ ٥٥٧ بعد ذكر «الملتقى» نحو ما ذكره في «الهداية»: وفي «الكافي»: حلف لا يأكل بسرًا أو لا يأكل رطبًا، أو حلف لا يأكل رطبًا [و]لا بسرًا، فأكل مذنبًا: حنث، سواء أكل رطبًا مذنبًا أو بسرًا مذنبًا، هذا عند الطرفين.

وقال أبو يوسف: إن حلف لا يأكل رطبًا فأكل رطبًا مذنبًا: حنث، وإن أكل بسرًا مذنبًا: لا يحنث، وإن حلف لا يأكل بسرًا فأكل بسرًا مذنبًا: حنث، وإن أكل رطبًا مذنبًا: فعلى الخلاف، وذكر في «الهداية» قول محمد مع قول أبي يوسف، والنسخ المعتبرة كشروح «الجامع الصغير»، و«المبسوط»، و«المنظومة»، و«الأسرار»، و«الإيضاح» وغيرها: تشهد لما ذكرتُ. انتهى.

(بِسْرٌ مُذنِّبٌ): بكَسر النُّونِ، وقد ذَنَّب إذا بَدَأ الإرطابُ من قِبَل ذَنَبِه.

فالرُّطَبُ المُذَنِّبُ: ما يكونُ في ذَنَبه قَليلُ بُسْرٍ، والبُسْرُ المُذَنِّبُ: على عكسه، فيكونُ أكلُه أكلَ البُسْرِ والرُّطَبِ، فقد أَكَل المَحلوفَ عليه حَقيقةً، فيَحنَثُ، بخِلاف البُسْرِ؛ لأنَّه يُصادِفُ الجُملةَ، فيَتبَعُ القَليلُ فيه الكَثيرَ.

ولو حَلَف لا يأكُلُ لَحمًا فأَكَل السَّمَك: لم يَحنَث، وعن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه يَحنَث؛ لقوله تعالى: ﴿لِتَأۡكُلُواْ مِنۡهُ لَحۡمٗا طَرِيّٗا﴾ [النَّحل:١٤].

ولنا: أنه ناقِصٌ في مَعنى اللَّحمية؛ لأن اللَّحمَ هو النّاشِئُ من الدَّم

قَولُه: (لأنَّ اللَّحمَ هو النّاشِئُ من الدَّم) لأنَّه مُشتَقٌّ من: التَحَمَ الحَربُ، إذا اشتَدَّ، واشتِدادُه[١] بالدَّم يكونُ، ولا دَمَ فيه؛ لسُكونه في الماء، فيَكونُ قاصِرًا في اللَّحميّة، ومُطلَقُ الاسمِ يَتناوَلُ الكاملَ[٢]، فخَرَج عن مُطلَقه بدَلالة اللَّفظِ.

والجَوابُ عن النَّصِّ[٣]: أنَّ ذلك بطَريق المَجازِ، على أنَّ مَبنى الأيمانِ على العُرف، لا على أَلفاظ القُرآنِ، بدَليل أنَّ مَن حَلَف لا يَركَبُ دابّةً، فرَكِب كافِرًا: لا يَحنَثُ، وقد قال اللهُ تعالى: ﴿إِنَّ شَرَّ ٱلدَّوَآبِّ عِندَ ٱللَّهِ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ﴾ [الأنفال:٥٥].

ولو حَلَف لا يَشرَبُ من دِجلةَ، فشَرِب منها بإناء: لم يَحنَث حتى يَشرَبَ منها كَرْعًا عند أبي حنيفةَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنۡهُ؛ لأن دِجلةَ اسمٌ لعَين ذلك النَّهر.

وعندهما: يَحنَثُ إذا شَرِب منها بإناء؛ لأنه قد يُقال: فُلانٌ شَرِب من دِجلة.

---

(١) أي اللحم.

(٢) في (و) و(ز): الكل.

(٣) وهو قوله تعالى: ﴿لِتَأۡكُلُواْ مِنۡهُ لَحۡمٗا طَرِيّٗا﴾.

وأبو حنيفة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يقول: لا تُترَكُ حَقيقةُ اللَّفظِ وإن كان الاستِعمالُ في المَجاز أغلَبَ، إلا إذا صار بِحالٍ تَصيرُ الحَقيقةُ مَهجورةً، كاسم الصَّلاة مع الدُّعاء.

الكَرعُ يَتناوَلُ الماءَ بالفَم من مَوضِعه؛ فإنه يُقال: شَرِب من دِجلةَ، يُقال: أهلُ بَلدةِ كَذا يَشرَبون من دِجلةَ، وإنَّما يُراد به الشُّربُ بالأواني، والاغتِرافُ باليَد.

وهو يَقولُ: حَقيقةُ الشُّربُ من دِجلةَ بالكَرع، وهو أن يَضَعَ فاهُ على دِجلةَ فيَشرَبَ، وهذه حَقيقيةٌ مُستَعملةٌ، جاء في الحَديث: أنَّ النبيَّ عَلَيْهِ السَّلَامُ قال لقَومٍ: «هل عندكم ماءٌ باتَ في شَنٍّ[1] وإلا كَرَعنا»[2]، فمَنَعت[3] المَصيرَ إلى المَجاز وإن كان مُتعارَفًا.

وهذا بناءَ على أنَّ الكَلامَ إذا كان له حَقيقةٌ مُستَعملةٌ ومَجازٌ مُتعارَفٌ: فالعَمَلُ بالحَقيقة أَولى عنده.

وعندهما: العَمَلُ بعُموم المَجازِ أَولى؛ لِما عُرِف أنَّ المَجازَ عندهما خَلَفٌ عن الحَقيقة في حَقِّ الحُكم، وفي الحُكم للمَجاز رُجحانٌ؛ لأنه يَنطَلِقُ[4] على الحَقيقة

(١) الشن: الجلد البالي، والجمع شنان، مثل سهم وسهام. «المصباح» ١/ ٣٢٤.

(٢) رواه البخاري (٥٦١٣) عن جابر بن عبد الله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ دخل على رجل من الأنصار ومعه صاحب له، فقال له النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إن كان عندك ماء بات هذه الليلة في شَنَّة وإلا كرعنا»، قال: والرجل يُحَوِّل الماء في حائطه، قال: فقال الرجل: يا رسول الله! عندي ماء بائت، فانطَلَق إلى العريش، قال: فانطَلَق بهما، فسكب في قدح، ثم حلب عليه من داجن له، قال: فشرب رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ثم شرب الرجل الذي جاء معه.

ورواه أبو داود (٣٧٢٤) ولفظه: «إن كان عندك ماء بات هذه الليلة في شنٍّ، وإلا كرعنا».

(٣) أي الحقيقة.

(٤) في (هـ): لا ينطلق.

والمَجازِ معًا.

وعنده: الخَلَفيةُ[1] في حَقِّ[2] التَكلُّمِ، فاعتبَر الرُّجحانَ في التَكلُّم، فصارت الحَقيقةُ أَولى.

ومَسألةُ الحِنطةِ تُخرَّجُ على هذا الأصلِ أيضًا[3].

ولو حَلَفَ لا يَشرَبُ من ماء دِجلةَ، فشَرِب منها بإناء: يَحنَث؛ لأنه يُقال: شَرِب من ماء دِجلةَ.

قَولُه: (لأنَّه من ماء دِجلةَ) الشَّرطُ كونُ الماءِ مَنسوبًا إليه، وهذه النِّسبةُ لا تَنقَطِعُ بالاغتِراف بالأواني.

والفَرقُ لأبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: بين هذه المَسألةِ وبين ما تَقدَّم: أنَّ كَلِمةَ (مِن) لابتِداء الغايةِ، فإذا قال: (لا يَشرَبُ من دِجلة) فالشَّرطُ فيه: أن يكونَ ابتِداءُ شُربِه من مَوضِعٍ يُسَمّى دِجلةَ، فإذا قال: (من ماء دِجلةَ) فالشَّرطُ فيه: أن يكونَ ابتِداءُ شُربه من ماءٍ مَنسوبٍ إلى دِجلةَ.

ولو حَلَفَ لا يَأكُلُ من هذه الحِنطة، فأَكَل من خُبزها: لم يَحنَث؛ لأن الحِنطةَ تُؤكَل قَضْمًا[4].

وعندهما: لا يَحنَثُ إلا إذا أَكَل من خُبزها.

---

(١) في (هـ): الحقيقة.

(٢) مثبتة من (ز).

(٣) ستأتي بعد المسألة الآتية.

(٤) في (أ) زيادة: عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

القَضمُ: الأكلُ بأطراف الأَسنانِ.

قَولُه: (إلا إذا أَكَل من خُبزها) وهذا إشارةٌ إلى أنَّ عندهما لو أَكَل عينَها: لم يَحنَث.

وذَكَر في «الجامِع الصَّغيرِ»: وإن أَكَل من خُبزها: يَحنَثُ عندهما أيضًا. فهذا يَدُلُّ على أنه يَحنَثُ بتَناول عَينِ الحِنطةِ عندهما، وهو الصَّحيحُ.

لَهما: أنَّ أَكلَ الحِنطةِ في العادة هكذا يكونُ؛ فإنه يُقالُ: أهلُ بَلدةِ كذا يَأكُلون الحِنطةَ، والمُرادُ به الخُبزُ.

وله: أنَّ عينَ الحِنطةِ مَأكولٌ عادةً؛ فإنها تُقلى فتُؤكَلُ، ويُتَّخَذُ منها الكَشْكُ والهَريسةُ[1].

وإذا كانت الحَقيقةُ مُستَعملةً والمَجازُ مُتعارَفًا: صار العَمَلُ بالحَقيقة أَولى عنده، وبالمَجاز عندهما.

ولو حَلَف لا يَأكُلُ من هذا الدَّقيقِ فأَكَل من خُبزه: يَحنَث؛ لأن الدَّقيقَ لا يُؤكَل.
وإن اسْتَفَّهُ كما هو: لا يَحنَث؛ لأن حَقيقَتَه صارت مَهجورةً.

سَفُّ السَّويقَ: أَكَله، والاستِفافُ مِثلُه.

واختَلَف المَشايخُ فيما إذا أَكَل عينَ الدَّقيقِ، فمنهم من يَقولُ: يَحنَثُ؛ لأنه أَكَل

(١) الكشك هو: أن يهرس البُر أو الشعير حتى ينقى من القشر، ثم يجش ويغلى فى المخيض إلى أن يختر، فيشرر، أي يجفف. ذكره فى «مجمل اللغة». «المستعذب» ٢/ ٢٠٤.

والهريس: الحب المدقوق بالمهراس قبل أن يطبخ، فإذا طبخ فهو الهريسة بالهاء. «المصباح» ص٣٢٦.

الدَّقيقَ حَقيقةً، والعُرفُ -وإن اعتُبِرَ- فالحَقيقةُ لا تَسقُطُ به.

والأَصَحُّ أَنَّه لا يَحنَثُ؛ لأنَّ هذه حَقيقةٌ مَهجورةٌ، كذا في «المَبسوط».

وذُكِر في «أُصول الفِقهِ» لفَخر الإسلامِ: أنَّ هذه حَقيقةٌ مُتعذِّرةٌ.

ولو حَلَفَ لا يُكَلِّم فُلانًا، فكَلَّمَه بحيث يَسمَعُ إلا أنه نائِم: يَحنَث؛ لأنه يُعَدّ مُكَلِّمًا عُرفًا، ألا ترى أنه يُقال: (كَلَّمه فُلانٌ وهو نائِم)!

وإن حَلَف لا يُكَلِّمُه إلا بإذنه، فأَذِن له ولم يَعلمَ بالإِذن حتى كَلَّمَه: حَنِث؛ لأن الإذنَ يُنبئُ عن الإعلام ولم يوجَد.

قَولُه: (ولو حَلَف لا يُكَلِّمُ فُلانًا...) إلى آخِره: في بعض رِوايات «المَبسوطِ»: شَرْطَ أن يُوقِظَه، وهو الأَظهَرُ؛ لأنَّه إذا لم يَنتَبِه: كان كما إذا ناداهُ من بَعيدٍ بحيث لا يَسمَع صَوتَه، فلا يكونُ حانِثًا.

وإذا استَحلَفَ الوَالي رَجُلًا لَيُعلِمَهُ بكُلّ داعِرٍ دَخَل البَلد: فهذا على حال وِلايَتِه خاصّةً؛ لأن ذلك من مواجِب السِّياسة، فيَتَقيَّدُ به بدَلالة الحال.

قَولُه: (لأنَّ ذلك من مَواجِب السِّياسةِ) أي إعلامُ الدَّاعِرِ -وهو الخَبيثُ- للوَالي لِيُأدِّبَه أو يَقتُلَه.

(فيُقيَّدُ بدَلالة الحالِ) أي يَتقيَّدُ بوِلايَته[1]؛ لأَنَّه لا يَقدِرُ على السِّياسة بعد زَوالِ الوِلايَةِ، وزَوالُها بالمَوت وبالعَزل، لأنه يَصيرُ كواحِدٍ من الرَّعايا، فلا يَتمكَّنُ من السِّياسة، حتى لو لم يُعلِمه بعدما عُزِل: لا يَحنَثُ.

---

(١) في (هـ): بدلالته.

ومَن حَلَف لا يَركَبُ دابّةَ فُلانٍ، فرَكِب دابّةَ عَبدِه المَأذونِ[1]: لم يَحنَث.

قَولُه: (فرَكِب دابّةَ عبدِه) أي رَكِب دابّةَ عبدِه ولم يكن عليه دَينٌ، ولم يَنوِ عند الحَلِف؛ ليتَأتّى[2] قَولِ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ[3].

وقال محمّد رَحِمَهُٱللَّهُ: يَحنَث إذا لم يكن عليه دَينٌ؛ لأن الدّابّة مِلكُ فُلان حقيقةً. ولهما: أنها لا تُنسَب إلى فُلانٍ عادةً[4].

قَولُه: (إذا لم يَكُن عليه دَينٌ) أي إذا لم يكن عليه دَينٌ ولم تكن له نِيّةٌ أيضًا، حتى إذا نَواه: فلا خِلافَ فيه.

وهذا التَّقييدُ غيرُ مُفيدٍ على قول محمدٍ رَحِمَهُٱللَّهُ؛ فإنّه يَحنَثُ عندَه في الوُجوه كلِّها[5]، سَواءٌ كان عليه دَينٌ أو لم يكن، نَواه أو لم يَنوِ.

وعلى قَول أبي يوسفَ رَحِمَهُٱللَّهُ: لا يُفيدُ[6] أيضًا؛ لأنَّ عندَه يَحنَثُ إذا نَواه، سَواءٌ كان عليه دَينٍ أو لم يكن.

وإنَّما يُفيدُ على قَول أبي حنيفةَ رَحِمَهُٱللَّهُ: لأنَّ شَرطَ الحِنثِ عنده الوَصفانِ جَميعًا، وُجودُ النِّيّةِ وعَدَمُ الدَّينِ، حتى إذا نَواه: لا يَحنَثُ إذا كان عليه دَينٌ مُستَغرِقٌ رَقَبَتَه وكَسْبَه، وإن لم يَنوِه: لا يَحنَثُ وإن لم يكن عليه دَينٌ، أو كان لكنَّه غيرُ مُستَغرِقٍ.

---

(١) سقطت من (أ)، وكتب في حاشيتها: أي عبد المأذون لفلان.

(٢) في (و): لبيان.

(٣) من قوله: (لأن ذلك من مواجب السياسة) إلى هنا: غير مثبت في (ز).

(٤) في (أ): أنه لا ينسَب إلى فُلانٍ عادةً وعرفًا.

(٥) قوله: (في الوجوه كلها) مثبت من (و).

(٦) في (هـ): لا يقبل.

وبَيانُ الفائِدةِ: أنَّه لو ذَكَر الخِلافَ ولم يُقيِّده بهذا القَيدِ: عَسى يَظُنُّ ظانٌّ أنَّ الخِلافَ فيما إذا كان عليه دَينٌ، وأنَّه إذا لم يكن عليه دَينٌ على الاتِّفاق.

لمحمّدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنَّه عَقَد يَمينَه على دابّةٍ هي مَملوكةٌ لفُلانٍ، وكَسبُ العَبدِ مَملوكٌ لمَولاه، فيَحنَثُ، وكَونُها في يد عَبدِه ككونِها في يَد أَجيرِه.

ولهما: أنَّ يَمينَه عُقِدت على دابّةٍ مَنسوبةٍ إلى فُلانٍ، وهذه مَنسوبةٌ إلى العَبد عُرفًا، وكذا شَرعًا، قال النبيُّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من باع عَبدًا وله مالٌ...»[1].

ثم ذُكِر في أكثر النُّسَخ: (عبدِه المَأذونِ) ، ولم يُذكَر في هذا الكِتابِ[2]، فيَحتَمِلُ أن يكونَ هذا المُرادَ؛ لأنَّ النِّسبةَ إلى العَبد إنَّما تَتحقَّقُ إذا كان مَأذونًا.

ولو حَلَفَ لا يَدخُلُ هذه الدّارَ، فوَقَف على سَطحِها، أو دَخَل دِهليزَها: حَنِث لأنه يُعَدّ داخِلًا، ألا ترى أنه لو صَلّى على سَطح المَسجِد مُقتَدِيًا بالإمام يَجوز!

وفي عُرف بِلادِنا ينبَغي أن لا يَحنَثَ إذا وَقَف على السَّطح؛ لأنه لا يُعَدُّ داخِلًا.

وإن وَقَف في طاق الباب: حَنِث؛ لوُجود الدُّخول، وإن كان البابُ مُغلَقًا: لم يَحنَث؛ لأنه لا يُعَدُّ به داخِلًا.

---

(١) فنسب المال للعبد مع أنه لا يَملِكُ وإن ملِّك. وتمام الحديث: «من باع عبدًا وله مالٌ فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع، ومن باع نخلًا مؤبرًا فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع». رواه بلفظ المصنف الإمام أحمد (٤٥٥٢)، وأبو داود (٣٤٣٣)، والترمذي (١٢٤٤)، والنسائي (٤٦٣٦).

ورواه البخاري (٢٣٧٩) ومسلم (١٥٤٣) بلفظ: «... ومن ابتاع عبدًا وله مال، فماله للذي باعه، إلا أن يشترط المبتاع».

(٢) أي في النسخة التي يشرحها المصنف، أما النسخ التي حققنا عليها المتن فهي موجودة فيه كما هو مثبت.

(وإن وَقَف في طاق الباب: حَنِث) أي إذا كان بحَيث لو أُغلِق يكونُ داخِلًا.

(وإن كان البابُ مُغلَقًا) أي إذا أُغلِق يَبقى خارِجًا، فقد ذُكِر في «الإيضاح» وغيرِه: كلُّ مَوضِعٍ إذا رُدَّ البابُ بَقِي ذلك خارِجًا: فليس ذلك من الدَّار، وإذا رُدَّ البابُ كان داخِلًا: فهو من الدَّار.

ولو حَلَف لا يأكُلُ الشِّواءَ: فهو على اللَّحم دون الباذِنجانِ والجَزَر؛ للعادة.

اعلَم أنَّ مَسألةَ الشِّواءِ وما بعدَها من المَسائل إلى آخِر الفَصلِ بِناءً على أنَّ الحَقيقةَ تُترَك بدَلالة الاستِعمالِ والعادةِ؛ لِما عُرِف أنَّ كلَّ عامٍ سَقَط بعضُه كان شَبيهًا بالمَجاز.

ولو حَلَف لا يأكُلُ الطَّبيخَ: فهو على ما يُطبَخ من اللَّحم، كأنّه في عُرفهم.

قَولُه: (من اللَّحم) لبَيان ما يُطبَخ، فقد ذَكَر في «المَبسوط»: فهو على اللَّحم خاصّةٍ، قالوا: وإنَّما يَحنَثُ إذا أَكَل اللَّحمَ المَطبوخَ بالماء، فأمّا القَلِيّةُ اليابِسةُ لا تُسَمّى مَطبوخًا.

ولو حَلَف لا يأكُلُ الرُّؤوسَ: فاليَمينُ على ما يُكبَس في التَّنانير، ويُباعُ في المِصر، حتى قالوا: يَحنَثُ بأكل رُؤوسِ الغَنَم، وفي رُؤوس البَقَر اختَلَفوا؛ لاختلاف عُرفهم.

ولو حَلَف لا يأكُلُ خُبزًا: فهو على ما تَعارَفُوه خُبزًا، حتى لو أَكَل خُبزَ الجَوزَنيق[1]: لا يَحنَث؛ لأنه لا يُعدُّ خُبزًا مُطلَقًا.

وكذا لو أَكَل خُبزَ الأُرْزِ بالعِراق أو بخُراسَان، إلا أن يكون بطَبَرِسْتانَ؛ فإنه يَحنَثُ؛ لأنه يُعَدُّ خُبزًا مُطلَقًا.

(١) كذا في نسخة على هامش (ج)، وفي (أ) و(ب) و(ج): الجوزنيج.

وقد عَرفتُم أن الألفاظَ تَختَلِفُ باختِلاف الأعصارِ والأمصار.

(يُكبَس في التَّنانير) أي يُدخَل في التَّنور، مِن كَبَس رَأسَه في جَيب قَميصِه: إذا أَدخَلَه.

وإنَّما اعتُبِر العُرفُ[1] في هذا: لأنّا نَعلَمُ أنَّه لم يُرِد به رَأسَ كلِّ شيءٍ؛ فإنَّ رَأسَ الجَرادِ والعُصفورِ لا يَدخُلُ تحت هذا، وهو رَأسٌ حَقيقةً، فوَجَب اعتِبارُ العُرفِ.

---

(١) في (و): اعتبرا العرف.

فصلٌ «في اليمين في البيع والشراء والجلوس والإتيان»

فصلٌ

ومَن حَلَفَ لا يَبيعُ، أوْ لا يَشتَري، أوْ لا يُؤاجِر، فوَكَّل من يَفعَلُ ذلك: لم يَحنَث؛ لأن حُقوقَ هذه العُقودِ تَرجِعُ إلى العاقِد لا إلى الآمِر.

ولو حَلَف لا يَتزَوَّجُ، أوْ لا يُطَلِّقُ، أوْ لا يُعتِق، فوَكَّل بذلك: حَنِث؛ لأن حُقوقَ هذه العُقودِ تَرجِعُ إلى الآمِر.

الاعتِبارُ للحُقوق، فمتى كانت الحُقوقُ راجعةً إلى العاقِد: كان العَقدُ مَوجودًا منه حُكمًا وحَقيقةً، فلم يُوجَد شَرطُ الحِنث من الآمِر، وهو العَقدُ، فلا يَحنَثُ، ومتى كانت الحُقوقُ راجِعةً إلى الآمِر: كان العاقِدُ سَفيرًا، فكان الآمِرُ هو العاقِدَ، فوُجِد شَرطُ الحِنثِ، فيَحنَثُ.

ولو حَلَف لا يَجلِسُ على الأَرض، فجَلَس على بِساطٍ أو حَصيرٍ: لم يَحنَث؛ لأنه لا يُعَدُّ جالِسًا على الأرض.

ولو حَلَف لا يَجلِسُ على سَرير، فجَلَس على سَريرٍ فوقَه بِساطٌ أو حَصيرٌ: حَنِث؛ لأنه يُعَدُّ جالِسًا على السَّرير.

وإن وَضَع فوقَه سَريرًا آخر –وقد حَلَف لا يَجلِسُ على هذا السَّرير– فجَلَس

على الأعلى: لم يَحنَث؛ لأنه لا يُعَدُّ جالِسًا على ذلك.

ولو حَلَف لا يَنامُ على فِراش، فنام عليه وفَوقَه قِرامٌ: حَنِث؛ لأنه يُسَمّى نائِمًا على ذلك الفِراش.

القِرامُ: السِّترُ الرَّقيقُ.

التَّبَعُ لا يَقطَعُ النِّسبةَ، والقِرامُ تَبَعٌ، وكذا البِساطُ[1]، أمّا المِثلُ يَقطَعُ النِّسبةَ، كالسَّرير والفِراشِ.

وإن جَعَل فوقَه فِراشًا آخَر فنام عليه: لا يَحنَث.

قَولُه: (وإن جُعِل فوقُه فِراشٌ آخرُ فنام عليه: لا يَحنَثُ) هذا إذا حَلَفَ أن لا يَجلِسَ على هذا الفِراشِ.

وإن حَلَف بيَمين، وقال[2]: (إن شاء اللهُ) مُتَّصِلًا بيَمينه: فلا حِنثَ عليه؛ لما مَرّ في الطَّلاق.

شَرَط الاتِّصالَ: لأنَّ عبدَ اللهِ بنَ عبّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا يُجوِّزُ الاستِثناءَ وإن كان مَفصولًا[3]، ولَسنا نَأخُذُ بهذا؛ لأنَّ في تَصحيحه إخراجَ العُقودِ كلِّها من البُيوع والأَنكِحةِ عن أن تكونَ مُلزِمةً.

---

(١) في (و): الساباط.

(٢) في (ج) زيادة: (في آخر يمينه).

(٣) روى الطبري في «تفسيره» ١٥/ ٢٢٥ عن مجاهد عن ابن عباس في الرجل يحلف، قال: له أن يستثني ولو إلى سنة، وكان يقول: ﴿وَٱذۡكُر رَّبَّكَ إِذَا نَسِيتَ﴾ في ذلك.

وإلى هذا أشار أبو حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ حين عاتَبه الخَليفةُ[١] فقال: أَبَلَغ من قَدرك أن تُخالِفَ جَدّي[٢]؟! قال: فيما ذا؟ قال: في الاستِثناء المَفصول، فقال: إنما خالَفتُه مُراعاةً لعُهودك، فإذا جاز الاستِثناءُ المَفصولُ فبارَكَ اللهُ في عُهودك إذنْ[٣]! فإنَّهم يُبايِعونك ويَحلِفون، ثم يَخرُجون ويَستَثنون، فلا يَبقى عليهم لُزومُ طاعَتِك، فنَدِم الخَليفةُ وقال: استُر هذا عليَّ[٤].

ثم الاستِثناءُ مُبطِلٌ للكَلام في قول أبي حنيفةَ ومحمدٍ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ، وفي قول أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: هو بمَعنى الشَّرطِ، وقد عُرِف في أيمان «الجامِع».

ولو حَلَف لَيأتِيَنَّه[٥] إن استَطاع: فهو على استِطاعة الصِّحةِ دون القُدرة، إلا إذا نَوى الاستطاعةَ من حيث القَضاءُ والقُدرةُ؛ لأن الاستِطاعةَ العُرفِيّةَ سَلامةُ الآلات، قال الله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران:٩٧].

قَولُه: (فهذا على استِطاعة الصِّحّةِ دون القُدرةِ) الاستِطاعةُ الحَقيقيّةُ هي القُدرةُ التي تُقارِنُ الفِعلَ، ويُطلَقُ الاسمُ على سَلامة الآلات، وصِحّةِ الأسبابِ، وارتِفاعِ المَوانِعِ.. في المُتعارَف، فعند الإطلاقِ يَنصَرِفُ إلى ما هو المُتعارَفُ.

وتَصِحُّ نيّةُ الأُولى[٦] ديانةً.

---

(١) في حاشية (ز): يعني أبو جعفر الدوانقي.

(٢) أي سيدنا ابن عباس رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا، جد أبي جعفر المنصور.

(٣) مثبتة من (و).

(٤) ممن ذكر هذه القصة الإمام السرخسي في «المبسوط» ٨/١٤٣.

(٥) في (أ): ليأتينه غدًا.

(٦) أي الاستطاعة الحقيقية من حيث القضاءُ والقدرةُ. وفي (هـ) و(و): الأول.

وهذا لأنَّ الرَّجُلَ يَقولُ: لا أستَطيعُ أن أفعَل كذا، على مَعنى أنَّه يمنعني[1] مانِعٌ عن ذلك.

قال اللهُ تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾، وفسَّرَها النبيُّ عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ بالزَّاد والرَّاحِلة[2]، فإذا كان الظَّاهِرُ هذا: فيُحمَلُ عليه.

(١) في (و): بمعنى.

(٢) روى الترمذي (٢٩٩٨)، وابن ماجه (٢٨٩٧)، والحاكم (١٦١٣) واللفظ للأول: عن ابن عمر قال: قام رجل إلى النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ فقال: من الحاج يا رسول الله؟ قال: «الشعث التفل»، فقام رجل آخر فقال: أي الحج أفضل يا رسول الله؟ قال: «العج والثج»، فقام رجل آخر فقال: ما السبيل يا رسول الله؟ قال: «الزاد والراحلة».

فصلٌ ﴿في إضافة اليمين إلى الأزمنة﴾

فصلٌ

ولو حَلَفَ لا يُكَلِّمُ فُلانًا حِينًا، أو زَمانًا، أو الحِينَ، أو الزَّمانَ: فهذا على سِتّةِ أشهُرٍ، إلا إذا نَوى غيرَه..

لأن الحِينَ يُذكَرُ ويُرادُ به السّاعةُ، قال الله تعالى: ﴿فَسُبْحَٰنَ ٱللَّهِ حِينَ تُمْسُونَ وَحِينَ تُصْبِحُونَ﴾ [الروم:١٧]، وإنه غير مُرادٍ بدَلالة الحال؛ لأن الغَضْبانَ لا يَعزِمُ على تَرْكِ الكَلام ساعةً، ولا يَكتفي به.

وقد يُذكَرُ لسِتّة أشهُر، قال الله تعالى: ﴿تُؤْتِيٓ أُكُلَهَا كُلَّ حِينٍۭ بِإِذْنِ رَبِّهَا﴾ [إبراهيم:٢٥].

﴿حِينَ تُمْسُونَ وَحِينَ تُصْبِحُونَ﴾ أي ساعةَ تُمسون وساعةَ تُصبِحون[١]، والمُرادُ وَقتُ الصَّلاةِ[٢].

---

(١) روى ابن أبي شيبة (١٢٤٦٩) والبيهقي (٢٠٠١٧) عن ابن عباس قال: الحين قد يكون غدوة وعشية.

وقال السيوطي في «الدر المنثور» ٦/ ٤٨٨: أخرج الفريابي وابن مردويه عن ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قال: أدنى ما يكون من الحين بكرةً وعشيًّا، ثم قرأ: ﴿فَسُبْحَٰنَ ٱللَّهِ حِينَ تُمْسُونَ وَحِينَ تُصْبِحُونَ﴾.

(٢) روى عبد الرزاق (١٧٧٢) والطبري في «تفسيره» ١٨/ ٤٧٤ عن أبي رزين قال: خاصم نافع بن الأزرق ابنَ العباس فقال: هل تجد الصلوات الخمس في القرآن؟ فقال: نعم، ثم قرأ عليه: ﴿فَسُبْحَٰنَ ٱللَّهِ حِينَ تُمْسُونَ وَحِينَ تُصْبِحُونَ﴾ المغرب والفجر، ﴿وَعَشِيًّا﴾ العصر، ﴿وَحِينَ تُظْهِرُونَ﴾=

ويُذكَر الحينُ ويُراد به سِتَّةُ أشهرٍ، قال اللهُ تعالى: ﴿تُؤْتِيٓ أُكُلَهَا كُلَّ حِينِۭ بِإِذْنِ رَبِّهَاۗ﴾[1] [إبراهيم:٢٥].

ويُذكَر الحَينُ ويُرادُ به[2] أربعون سنةً، قال اللهُ تعالى: ﴿هَلْ أَتَىٰ عَلَى ٱلْإِنسَٰنِ حِينٌ مِّنَ ٱلدَّهْرِ﴾[3] [الإنسان:١].

فعند الإطلاقِ يُحمَل على الوَسَط، وهو سِتَّةُ أشهُرٍ؛ لأنَّ خيرَ الأُمورُ أوساطُها[4].

وقد يُذكَر الأكثرُ فيُحمَل على الأقلّ؛ للتَّيقُنّ به.

=الظهر، قال: ﴿وَمِنۢ بَعْدِ صَلَوٰةِ ٱلْعِشَآءِ﴾.

(١) رواه الطبري في «تفسيره» ١٣/ ٦٤٦ و٦٤٧.

وروى ابن أبي شيبة (١٢٤٧٠) عن أبي الأحوص، عن عطاء بن السائب، عن رجل منهم قال: سألت ابن عباس قلت: إني حلفت لا يكلم رجلًا حينًا، قال: فقرأ ابن عباس: ﴿تُؤْتِيٓ أُكُلَهَا كُلَّ حِينِۭ بِإِذْنِ رَبِّهَاۗ﴾ قال: الحين: السنة.

(٢) من قوله: (ستة أشهر) إلى هنا: مثبت من (ز).

(٣) عزاه القرطبي في «تفسيره» ٢٣/ ٥٣٠ لابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا من رواية أبي صالح عنه، وقال الطبري في «تفسيره» ٢٣/ ٥٣٠: اختلف أهل التأويل في قدر هذا الحين الذي ذكره الله في هذا الموضع، فقال بعضهم: هو أربعون سنة؛ وقالوا: مكثت طينة آدم مصورةً لا تنفخ فيها الروح أربعين عامًا، فذلك قدر الحين الذي ذكره الله في هذا الموضع؛ قالوا: ولذلك قيل: ﴿هَلْ أَتَىٰ عَلَى ٱلْإِنسَٰنِ حِينٌ مِّنَ ٱلدَّهْرِ لَمْ يَكُن شَيْـًٔا مَّذْكُورًا﴾؛ لأنه أتى عليه وهو جسم مصور لم تنفخ فيه الروح أربعون عامًا، فكان شيئًا غيرَ أنه لم يكن شيئًا مذكورًا.

(٤) هذا لفظ حديث نبوي، كما ذكره المصنف في غير هذا الموضع، وقد رواه البيهقي (٦١٠٢) عن عمرو بن الحارث عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بلاغًا، وقال البيهقي: هذا منقطع. انتهى. ورواه الديلمي في «الفردوس» (٣٠٣٦).

قَولُه: (فيُحمَلُ على الأقلِّ؛ للتَّيقُّن[1] به) أي إذا لم يَبقَ[2] السَّاعةُ مُرادًا به: يُحمَل على ما هو الأقلُّ من الأربَعين، وهو سِتَّةُ أشهرٍ؛ للتَّيقُّن به.

وهذا إذا لم تكن له نِيَّةٌ، أمّا إذا نَوى شيئًا: فهو على ما نَوى.

والزَّمانُ في هذا كالحين؛ لأنَّهما يُستَعملان استِعمالًا واحِدًا؛ فإنَّ الرَّجُلَ يَقولُ لغيره: لم أَلقَك منذ زَمانٍ، ومنذُ حينٍ[3].

وكذلك الدَّهرُ عند أبي يوسفَ ومحمد رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

قَولُه: (وكذلك الدَّهرُ عند أبي يوسف ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ) من أصحابنا من يَقولُ: هذا الخِلافُ فيما إذا ذَكَره مُنكَّرًا، فأمّا إذا ذَكَره مُعرَّفًا: فذاك على جَميع العُمُر، قال اللهُ تعالى: ﴿هَلۡ أَتَىٰ عَلَى ٱلۡإِنسَٰنِ حِينٞ مِّنَ ٱلدَّهۡرِ﴾ [الإنسان:١] فقد جَعَل الحينَ جُزءًا من الدَّهرِ، فيَبعُدُ أن يُسَوَّى بينهما.

ومنهم من قال: الخِلافُ في الكُلِّ، كذا في «المَبسوط».

لهما: أنَّ الدَّهرَ يُستَعمَلُ استِعمالَ الحينِ والزَّمانِ، ومَبنى الأَيمانِ على العُرف، وقد دَلَّ الدَّليلُ على أنَّ الحينَ يُرادُ به سِتَّةُ أشهُرٍ، فكذا الدَّهرُ.

وله: أنَّ نَصبَ المَقاديرِ بالرَّأي لا يكونُ، ولم أَجِد في تَقدير الدَّهرِ شيئًا[4] نَصًّا، فوَجَب التَّوقُّفُ.

---

(١) في (هـ): قوله على الأقل المتيقن.

(٢) في (و): لم ينو.

(٣) في (هـ): فإن الرجل قد أتيتك مذ زمان ومذ حين.

(٤) في (ز): شيئا، و(نصًّا) نسخة.

وفي «الجامعِ الكَبير»: إذا قال: (لله عَلَيَّ أن أَصومَ الدَّهر) فعَليه صَومُ العُمُر، وقال أبو حنيفةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: لا أدري ما الدَّهرُ.

قَولُه: (وقال أبو حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا أدري ما الدَّهرُ) أراد به المُنكَّرَ، فقد ذَكَر في «الجامِع الصَّغيرِ»: إذا قال: (إن صُمتُ الدَّهرَ فعَبدي حُرٌّ) كان مثلَ الأَبَدِ؛ لأنَّ الدَّهرَ مُعرَّفًا يُرادُ به العُمُرُ والأبَدُ، ولو قال: (إن صُمتُ دَهرًا فعَبدي حُرٌّ)[1].. فإن نَوى شيئًا: فهو على ما نَوى، وإن لم يَنوِ شيئًا: فإنَّ أبا حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَوقَّف فيه.

وقالا: يَقَعُ على سِتّة أشهُرٍ.

ولا عَتَب عليه في ذلك، ألا تَرى أنَّ ابنَ عُمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا لَمّا سُئِل عن شيءٍ فقال: لا أَدري، حين لم يَحضُره جَوابٌ! ثم قال: طُوبَى لابن عُمَر! سُئِل عمّا لا يَدري فقال: لا أدري[2].

---

(١) من قوله: (كان مثل الأبد) إلى هنا: غير مثبت في (و).

(٢) روى البيهقي (٧٢٢٩) عن خالد بن أسلم قال: خرجنا مع ابن عمر نمشي، فلحقنا أعرابي فقال: أنت عبد الله بن عمر؟ قال: نعم، قال: سألت عنك فدللت عليك، فأخبرني أترث العمة؟ فقال ابن عمر: لا أدري، فقال: أنت ابن عمر ولا تدري؟! وقال مرة أخرى: أنت لا تدري ولا ندري؟! قال: نعم، اذهب إلى العلماء بالمدينة فسلهم، فلما أدبر قبّل ابن عمر يديه قال: نِعِمّا قال أبو عبد الرحمن، يُسأل عما لا يدري فقال: لا أدري، فقال الأعرابي: يقول الله عَزَّوَجَلَّ: ﴿وَٱلَّذِينَ يَكۡنِزُونَ ٱلذَّهَبَ وَٱلۡفِضَّةَ﴾، فقال ابن عمر: من كنزهما ولم يؤد زكاتهما فويل له، إنما كان هذا قبل أن تنزل الزكاة، فلما نزلت جعلها الله طهرة للأموال، ثم التفت إلي فقال: ما أبالي لو كان لي مثل أحد ذهبًا أعلم عدده وأزكيه وأعمل فيه بطاعة الله عَزَّوَجَلَّ. قال البيهقي: أخرجه البخاري في الصحيح مختصرًا.

وروى الطبراني في «الأوسط» (١٠٠١) عن ابن عمر قال: العلم ثلاثة: كتاب ناطق، وسنة ماضية، ولا أدري.

وهذا كما رُوِي أنَّ النبيَّ عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ سُئِل عن خَير البِقاعِ فقال: «لا أدري، حتى أسألَ جبريلَ عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ»، فقال عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ: لا أدري حتى أسأل رَبِّي، ثم نَزَل فقال: قال لي رَبِّي: خَيرُ البِقاعِ المَساجِدُ، وخَيرُ أهلِها من يكون أوَّلَ النَّاسِ دُخولًا، وآخِرَهم خُروجًا(١)(٢).

---

(١) روى ابن حبان (١٥٩٩) عن ابن عمر أن رجلًا سأل النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أي البقاع شر قال: «لا أدري حتى أسأل جبريل»، فسأل جبريل فقال: «لا أدري حتى أسأل ميكائيل فجاء فقال: خير البقاع المساجد وشرها الأسواق».

وروى الحاكم (٣٠٦) والبيهقي (٤٩٨٤) عن ابن عمر قال: جاء رجل إلى النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقال: يا رسول الله! أي البقاع خير؟ فقال: «لا أدري»، فقال: أي البقاع شر؟ فقال: «لا أدري» فقال: سل ربك، قال: فلما نزل جبريل، قال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إني سئلت أي البقاع خير وأي البقاع شر؟ فقلت: لا أدري فقال: جبريل: وأنا لا أدري حتى أسأل ربي، قال: فانتفض جبريل انتفاضة كاد أن يصعق منها محمد صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقال الله: يا جبريل! يسألك محمد أي البقاع خير؟ فقلت: لا أدري، فسألك أي البقاع شر فقلت: لا أدري، وإن خير البقاع المساجد، وشر البقاع الأسواق».

ورواه الإمام أحمد (١٦٧٤٤) بلفظ قريب.

والجملة الأخيرة في الدخول والخروج وردت في رواية أبي الشيخ في «العظمة» ٢/ ٦٧١، والرافعي في «التدوين» ٣/ ٣٦٢.

(٢) ليت المصنف رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ لم يقحم ذِكْر النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في هذا الموضع، فإنه مما لا ينبغي، إذ لا يذكر سيدنا رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في موضع نفي العلم، حتى وإن قال صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في إحدى المرات (لا أدري) فإنها من المعصوم صاحب مقام ﴿وَعَلَّمَكَ مَا لَمْ تَكُن تَعْلَمُۚ وَكَانَ فَضْلُ ٱللَّهِ عَلَيْكَ عَظِيمًا﴾.. غيرها من آحاد الأمة، فالنبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان مؤيّدًا بالوحي، فما علمه قاله، وما لا: فينتظر الوحي، وقد روى البخاري (٤٧٧٤) عن مسروق، قال: بينما رجل يحدث في كندة، فقال: يجيء دخان يوم القيامة فيأخذ بأسماع المنافقين وأبصارهم، يأخذ المؤمن كهيئة الزكام، ففزعنا، فأتيت ابن مسعود، وكان متكئًا فغضب فجلس، فقال: من علم فليقل، ومن لم يعلم=

فعَلِمنا أنَّ التَّوقُّفَ في مثل هذا يكونُ من الكَمال لا من النُّقصان.

وقيل: إنَّما قال: (لا أدري): لأنَّه حَفِظ لِسانَه عن الكَلام في مَعنى الدَّهرِ، فقد جاء في الحَديث: «لا تَسُبُّوا الدَّهرَ؛ فإنَّ اللهَ هو الدَّهرُ[(١)]»[(٢)] أي أنَّه خالِقُ الدَّهرِ.

ولو حَلَفَ لا يُكلِّمُه أيَّامًا: فهو على ثَلاثة أيَّام؛ لأنه أقَلُّ الجَمْعِ الصَّحيح، وقد ذَكَرَه مُنكَّرًا.

ولو حَلَفَ لا يُكلِّمُه الأيام: فهو على عَشَرةِ أيامٍ عند أبي حنيفة.

=فليقل: الله أعلم، فإن من العلم أن يقول لما لا يعلم: لا أعلم، فإن الله قال لنبيه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ﴿قُلْ مَآ أَسْـَٔلُكُمْ عَلَيْهِ مِنْ أَجْرٍ وَمَآ أَنَا۠ مِنَ ٱلْمُتَكَلِّفِينَ﴾. أي فلا يتكلم النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بدون علم.

وثم النهي عن قضية هذا الإقحام قد ألف فيه الإمام السيوطي رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى رسالته الشهيرة «تنزيه الأنبياء عن تسفيه الأغبياء»، وهي في «الحاوي» ١/ ٢٧٢، ونقل فيها عددًا من النصوص عن العلماء بعدم جواز ضرب الأمثال بالنبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

ومما في هذا الموضع ما قاله القاضي عياض رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى في «الشفا» ٢/ ٢٤٣: وقال أبو الحسن أيضًا في شاب معروف بالخير، قال لرجل شيئًا، فقال له الرجل: اسكت فإنك أمي، فقال الشاب: أليس كان النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أميًا؟ فشنع عليه مقاله وكفره الناس، وأشفق الشاب مما قال، وأظهر الندم عليه.

فقال أبو الحسن: أما إطلاق الكفر عليه فخطأ، لكنه مخطئ في استشهاده بصفة النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وكون النبي أميًا آية له، وكون هذا أميًا نقيصة فيه وجهالة، ومن جهالته احتجاجه بصفة النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، لكنه إذا استغفر وتاب واعترف ولجأ إلى الله فيترك. انتهى.

(١) «هذه الفقرة سقطت هنا من (ز)، ومثبتة بعد قوله: (فقال لا أدري) المتقدمة.

(٢) رواه مسلم (٢٢٤٦)، وروى البخاري (٦١٨١) عن أبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «قال الله: يسب بنو آدم الدهر، وأنا الدهر، بيدي الليل والنهار». ثم روى: «لا تسموا العنب الكرم، ولا تقولوا خيبة الدهر، فإن الله هو الدهر».

وقالا: هو على أيّام الأُسبوع.

ولو حَلَفَ لا يُكلِّمُه الشُّهورَ: فهذا على اثني عشَر شَهرًا، ولو حَلَفَ لا يُكلِّمُ السِّنينَ: فهذا يَقَع على العُمُر.. عندهما.

وعند أبي حنيفة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: يَقَعُ على العَشَرة في الأَيّام والشُّهورِ والسِّنين.

لهما: أن المُعَرَّفَ بالألِف واللامِ يَنصَرِفُ إلى المَعهود، والأيّامُ المَعهودةُ أو جِنسُها إلى أن تَبلُغَ حَدَّ التَّكرار، وهو سَبعةٌ في الأَيّام، وفي الشُّهور اثنا عشَر شَهرًا، وفي السِّنين العُمُرُ.

ولأبي حنيفة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أن جِنسَ الجَمْعِ لا يَزيدُ على العَشَرة لَفظًا، ألا ترى أنك تَقولُ: ثَلاثةُ أيّام وأربَعةُ أيّامٍ إلى تِسعة أيامٍ وعَشَرةِ أيّام، ثم تقولُ: أحد عَشَر يومًا.

(لهما: أنَّ المُعرَّفَ بالألِف واللّامِ يَنصَرِفُ إلى المَعهود) أو إلى الجِنس، بدَليل قَولِه: (والأيّامُ المَعهودةُ أو جِنسُها)، وهذا لأنَّ حَقيقَتَه للعَهد، والمَعهودُ في الأيّام هو الأسبوعُ، وعند تَعذُّر حَملِه على العَهد يُصرَفُ إلى الجِنس، وهو الأسبوعُ أيضًا؛ لأنَّه نِهايةُ الأيّامِ، واسمُ الجِنسِ يُصرَف إلى كلِّ الجِنس عند عامّةِ أهلِ الأُصول، كذا في «مُختَصَر» اللّامِشيِّ.

وبهذا استَدَلَّ أبو حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أيضًا فقال: إنه يَستَغرِقُ الجِنسَ، والأيّامُ تَنتَهي إلى العَشَرة اسمًا.

فصلٌ
﴿في اليمين في الفعل والترك والإذن وغير ذلك﴾

فصلٌ

ولو حَلَف لا أفعَلُ كذا: فعليه تَركُه أبَدًا؛ لأنه لا يَصيرُ تارِكًا له إلا بتَركِه مُطلَقًا.

قَولُه: (لأنّه لا يَصيرُ تارِكًا إلا بتَركه مُطلَقًا) لأنّه نَفى الفِعلَ مُطلَقًا، فعَمَّ الامتِناعُ ضَرورةَ عُمومِ النَّفيِ.

ولو حَلَف ليَفعَلَنَّ كذا، ففَعَلهُ مَرّةً واحدةً: بَرَّ في يَمينه؛ لأنه يُعَدُّ فاعِلًا له بفِعله مَرّةً واحِدة، ولا يُعَدُّ تارِكًا له إلا بالتَّركِ في جَميع العُمُر.

وفيما إذا حَلَف: (ليَفعَلَنَّ كذا) المَوضِعُ مَوضِعُ الإثباتِ، فيُخَصُّ، فيكونُ المُلتَزَمُ فِعلًا واحدًا غيرَ عينٍ[1]، فيَبَرُّ بمَرّةٍ.

ولوِ حَلَف لا تَخرُجُ امرأتُه إلا بإذنه، فأذِنَ لها مَرّةً فخَرَجت بإذنه، ثم خَرَجت مَرّةً أُخرى بغير إذنه: حَنِث، ولا بُدّ من الإذن في كل مُرّة؛ لأنه نَفى خُروجَها مُطلَقًا عامًّا، واستَثنى خروجها بالإذن، فلا يَنتَهي بمَرّة.

(حَلَف لا تَخرُجُ امرَأتُه إلا بإذنه...) إلى آخِره: الأصلُ أنَّ النَّكِرةَ في مَوضِع النَّفيِ

(١) في (ز): معين.

تَعُمُّ، وأنَّ الفِعلَ يَقتَضي المَصدَرَ، وأنَّ المُستَثنى يكونُ من جِنس المُستَثنى منه، وأنَّ الباءَ يَقتَضي مُلصَقًا به، فصار التَّقديرُ: لا تَخرُجُ امرَأتُه خُروجًا[1] إلا خُروجًا مُلصَقًا بإذني، فيكونُ ما وراءَ الخُروجِ المَقرونِ بالإذن داخِلًا في الحَظر العامِ، فيَحنَثُ إذا وُجِد الخُروجُ لا عن إذنٍ؛ لوُجود شَرطِ الحِنثِ.

وقَولُه: (فلا يَنتَهي بمَرّةٍ واحِدةٍ) أي لَمّا كان الخُروجُ مُستَثنًى: لا يَنتَهي اليَمينُ بمَرّةٍ واحِدةٍ، بخِلاف ما إذا جَعَله غايةً؛ فإنَّه يَنتَهي اليَمينُ بمَرّةٍ، كما إذا قال: (حتّى آذَنَ لكِ)؛ لأنَّه مَنَعها عن الخُروج إلى غاية الإذنِ، فإذا وُجِد الإذنُ: انتَهت اليَمينُ؛ لأنَّ حُكمَ ما بعد الغايةِ يُخالِفُ ما قبلَها[2].

وإلى هذا أشار في قَوله[3]: (وعند الغايةِ يَنتَهي ما يَتناوَلُه صَدرُ الكَلامِ، ولا كذلك الاستِثناءُ).

ولو قال: (إلا أن آذَنَ لك)، فأذِن لها مَرّةً واحِدةً فخَرَجت، ثم خَرَجت بعد ذلك بغير إذن: لم يَحنَث؛ لأن كَلِمة[4] (إلا أن) كـ (حتى) عندنا، و(حتى) للغاية، وعند الغايةِ يَنتهي ما يَتناوَلُه صَدرُ الكَلام، ولا كذلك الاستِثناءُ.

قَولُه: (لأنَّ «إلا أنْ» كـ «حتّى» عندنا) قال اللهُ تعالى: ﴿إِلَّآ أَن يُحَاطَ بِكُمۡۖ﴾ [يُوسُف:٦٦] أي حتى يُحاط بكم.

وهذا لأنَّ (إنْ) مع الفِعل بمَعنى المَصدرِ، فيَصيرُ التَّقديرُ: إلا إذني، ولا يُمكِنُ

---

(١) سقطت من (و).

(٢) في (هـ): ما بعدها.

(٣) الآتي في فقرة المتن التالية.

(٤) في (أ): لأن قوله.

استِثناؤه من الصَّدر[1]؛ لعَدَم المُجانَسةِ، ولا يُمكِنُ تَقديرُ الخُروجِ أيضًا؛ فإنَّك لو قُلتَ: (إلا خُروجًا أن آذنَ لك -أو خُروجًا إذني-): كان كَلامًا مختلًّا[2]، فجُعِل مَجازًا عن الغاية؛ لأنَّ الاستِثناءَ يُناسِبُ الغايةَ؛ فإنَّ حُكمَ المَصدَرِ والمُغَيَّا يَنتَهي بالمُستَثنى والغايةِ، وما بعدهما يكونُ مُخالِفًا لِما قَبلَهما، وهذا عندنا.

وعند الفَرّاء: هو بمَنزلة قَولِه: (إلا بإذني)، واحتَجَّ بقَوله: ﴿لَا تَدْخُلُوا۟ بُيُوتَ ٱلنَّبِيِّ إِلَّآ أَن يُؤْذَنَ لَكُمْ﴾ [الأحزاب:٥٣]، وقد كان تكرارُ الإذنِ شَرطًا.

ولأنَّ (أنْ) مع الفِعل مَصدرٌ، ولا اتِّصالَ للمَصدر بما تَقدَّم إلا بصِلةٍ، فوَجَب تَقديرُ الباءِ، فصار كقَوله: (إلا بإذني)، وفي هذا تَحقيقُ الاستِثناءِ، والعَمَلُ به واجِبٌ؛ لأنَّ الغايةَ مَجازٌ.

ولكنّا نَقولُ: حَقيقةُ الاستِثناءِ مُتعذِّرةٌ، فتَعَيَّن[3] المَجازُ، بخِلاف قَولِه: (إلا بإذني)؛ لأنَّ الباءَ تَدُلُّ على الخُروج المَحذوفِ؛ لأنَّه للإلصاق، فيَقتَضي مُلصَقًا به، وإنَّما شُرِط تكرارُ الإذنِ في الآية بقَوله: ﴿إِنَّ ذَٰلِكُمْ كَانَ يُؤْذِى ٱلنَّبِيَّ فَيَسْتَحْىِۦ مِنكُمْ﴾ [الأحزاب:٥٣].

ولو حَلَف لا يتغَدّى، ولا يتعَشّى، أوْ لا يتَسَحَّر[4]:

فالغَداءُ: الأَكلُ من طُلوع الفَجر إلى الظُّهر، كذا العُرفُ.

والعَشاءُ: من صَلاة الظُّهر إلى نِصف اللَّيل.

والسُّحور: من نصف اللَّيل إلى طُلوع الفَجر.

---

(١) في (و): المصدر.

(٢) في (هـ): محتملًا. وسقطت كلمة (كلامًا) منه ومن (ز).

(٣) في (و): فمعنى.

(٤) قوله: (ولا يتَعَشّى، أو لا يتَسَحَّر) مثبت من (ب).

﴿فصلٌ في السكنى والصعود والقبض وغير ذلك﴾

فصلٌ

ولو حَلَف ليَقضِيَنَّ فُلانًا حَقَّهُ إلى قريب[1]: فهو ما دون الشَّهر؛ لأنه يُعَدّ قَريبًا.

وإن قال: (إلى بَعيد): فهو أكثرُ من الشَّهر، ألا ترى أنه يُقال: لقد بَعُدَ العَهد، ولم ألقَك منذ شَهر!

قَولُه: (فهو أكثرُ من الشَّهر) أي الشَّهرِ وأكثرِ منه.

ولو حَلَف لا يَسكُن هذه الدارَ، فخَرَج منها بنَفسِه وتَرَك أهلَه ومَتاعَه فيها: حَنِث؛ لأنه ساكِنٌ فيها بأهله ومَتاعِه[2] وبنَفسِه، فلا يَبطُلُ سُكناهُ بأحدهما.

قَولُه: (فلا يَبطُلُ سُكناهُ بأحدهما) وهذا لأنَّ العُرفَ شاهِدٌ لذلك؛ فإنَّ السُّوقيَّ عامّةُ نَهارِه في السُّوق، ولو سَألته أين يَسكُنُ؟ فيَقولُ: أسكُنُ سِكّة كذا.

ولو حَلَف ليَصعَدَنَّ السَّماءَ، أو ليَقلِبَنَّ هذا الحَجَرَ ذَهبًا: انعَقَدت يمينُه؛ لأنه مُمكِنٌ عَقلًا، وحَنِث عَقيبَها؛ لتَعذُّر البِرِّ عادةً[3].

---

(١) في (ب): قرب.

(٢) مثبتة من (ب).

(٣) في (ب): عرفًا.

الأصلُ عند زفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنَّ المُستَحيلَ عادةً مُلحَقٌ بالمُستَحيل حَقيقةً؛ لأنَّه عاجِزٌ عن تَحقيق البِرِّ في الصُّورَتَين.

ونحن نَقولُ: مَحَلُّ اليَمينِ خبَرٌ فيه رَجاءُ الصِّدقِ، وذلك مَوجودٌ؛ فإنَّ الصُّعودَ إلى السَّماءِ مُمكِنٌ حَقيقةً، ألا تَرى أنَّ المَلائِكةَ يَصعَدونها! وإذا كان البِرُّ مُتصوَّرًا: يَنعَقِدُ اليَمينِ مُوجِبًا لحَلِفه، ثم يَحنَثُ بحُكم العَجزِ الثَّابِتِ عادةً، كما إذا مات الحالِفُ؛ فإنَّه يَحنَثُ مع احتِمال إعادةِ الحَياةِ.

فإن قيل: العَجزُ الغالِبُ إذا اعتُبِر للانحِلال: وَجَب أن يُعتبَر للمَنع من الانعِقاد.

قيل: اليَمينُ إنَّما تَنعَقِدُ لفائِدةٍ، وقد وَجِد، وهو وُجوبُ الكَفَّارةِ، والحُكمُ ببقَاء اليَمينِ إلى آخِر جُزءٍ من أجزاء حياتِه لا فائِدةَ فيه، سوى تَحقيقِ البِرِّ، وقد تَحقَّق العَجزُ عن البِرِّ، فلا فائِدةَ في إبقاء اليَمينِ، ذُكِر في «المَبسوط».

ولو حَلَف ليَقضِيَنَّ فُلانًا دينَه اليَومَ فقَضاه، ثم وَجَد فُلانٌ بعضَها زُيوفًا أو نَبَهْرَجةً، أو مُستَحَقّةً: لم يَحنَث الحالِفُ؛ لأنه قَضاه حَقَّه؛ لأن هذه الأشياءَ من جِنس حَقِّه، والدُّيونُ تُقضى بأمثالها.

وإن وَجَدها رَصاصةً أو سَتُّوقة: حَنِث؛ لأن شَرطَ حِنثِه عَدمُ القَضاء، ولم يَقضِ؛ لأن الرَّصاصَ والسَّتُّوقةَ ليسا من جِنس الدَّراهم.

الزُّيوفُ: ما زَيَّفه بيتُ المالِ، ولكنّه يَروجُ فيما بين التُّجارِ.

والنَّبهرجةُ: ما بَهرَجه التُّجارُ، والمُسامِحُ منهم يَتجَوَّز به، والمُستَقصي منهم لا يَتجَوَّزُ به؛ لغِشٍّ فيه.

والسَّتّوقةُ: فارِسيّةٌ مُعرَّبةٌ، ومَعناه: سه طاقة؛ لأنها تكونُ مُمَوّهةَ الجانِبَين بالفِضّة، ويكونُ وَسَطُه رَصاصًا أو نُحاسًا، كدَراهم زَمانِنا.

وذَكَر في «المَبسوط» أيضًا: إذا قَضاه وفارَقه، ثم وَجَده زُيوفًا أو نَبهَرجةً أو سَتّوقةً:

فإن كان الغالِبُ عليه الفِضّةَ: لم يَحنَث وإن رَدَّه؛ لأنه مُستَوفٍ[1] بالقَبض، ألا تَرى أنَّه لو تَجوَّز[2] به في الصَّرف والسَّلَم جاز! فتَمَّ شَرطُ بِرِّه، ولا يَنتَقِضُ مِن بعدُ بانتِقاض القَبضِ؛ لأنَّ حُكمَ البِرِّ لا يَحتَمِلُ الانتِقاضَ.

وإن كان الغالِبُ النُّحاسَ: فهو حانِثٌ؛ لأنَّه ما صار مُستَوفِيًا حَقَّه بالقَبض، ألا تَرى أنَّه لو تَجوَّز به في الصَّرفِ والسَّلَمِ لا يَجوزُ!

وإن استُحِقَّ المَقبوضُ من يَدِه: لم يَحنَث؛ لأنَّه مُستَوفٍ، ألا تَرى أنَّه لو أَجازه المُستَحِقُّ بعد الافتِراقِ في الصَّرف والسَّلَمِ جاز!

قَولُه: (لأنَّ الدُّيونَ تُقضى بأمثالها) أي الأصلُ في قَضاء الدُّيون أنَّها تُقضى بأمثالها، وهذه الأشياءُ لَمّا كانت جِنسَ حَقِّه: كانت مِثلَه ضَرورةً، ولهذا لو تَجوَّز به في الصَّرف والسَّلَمِ يَجوزُ، فلو لم يكن مثلَ حَقِّه لَمَا جاز؛ لأنَّه يَصيرُ حينئذٍ استِبدالًا ببَدل الصَّرفِ والسَّلَمِ، وإنَّه لا يَجوزُ.

ولو حَلَف لا يَقبِضُ حَقَّه دِرهَمًا دون دِرهَم، فقَبَض بعضَه ومَضى اليَومُ: لم يَحنَث[3]؛ لأنه ذَكَر حَقَّه مُعرَّفًا بالإضافة، فيَنصَرِفُ إلى الكُلِّ.

---

(١) في (هـ): مستوفى.

(٢) في (هـ): لو لم يجوز.

(٣) العبارة في (أ): لا يَقبِضُ حَقَّه بعضا دون بعض أي دِرهَمًا دون دِرهَم، فقَبَض بعضَه: لم يَحنَث.

فإن قَبَض الكُلَّ مُتفرِّقًا: حَنِث؛ لأنه قَبَض حَقَّهُ مُتفرِّقًا.

قَولُه: (لا يَقبِضُ حَقَّه دِرهمًا دون دِرهَمٍ) مَعناهُ: (درمي لي[1] درمي نكيرم)، يعني جملة كيرم، فشَرطُ الحِنثِ قَبضُ الجَميعِ بوَصف التَّفرُّقِ، فما لم يَقبِض جَميعَه[2] مُتفرِّقًا: لا يَحنَثُ.

وإن قَبَض دَينه في وَزنَينِ ولم يَتَشاغَل بينهما إلا بعَمَلِ الوَزنِ: لم يَحنَث؛ لأن ذلك يُعَدُّ قَبضًا جُملةً لا مُتفَرِّقًا.

قَولُه: (لأنَّ ذلك يُعَدُّ قَبضًا جُملةً) لأنَّه يَتعذَّرُ قَبضُ الكُلِّ دَفعةً واحِدةً عُرفًا، فيَصيرُ هذا القَدرُ مُستثنًى عنه.

ومَن حَلَف ليَأتِيَنَّ البَصرة، فلم يَأتِها حتى مات: حَنِث في آخِر جُزءٍ من أجزاء حياتِه؛ لأنه يَصيرُ تارِكًا للإتيان بتَركه في جميع عُمُره، وذلك إنما يَنتهي بآخِر حياته.

قَولُه: (حَنِث في آخِر جُزءٍ من أجزاء حَياتِه) حتى لو حَلَف بطَلاق امرَأتِه: فلا ميراثَ لها إن لم يَدخُل بها، ولا عِدّةَ عليها، وإن كان قد دَخَل بها: فلها الميراثُ، وتَعتَدُّ إلى أبعَد الأجَلَين، بمَنزلة امرأةِ الفارِّ، كذا في «المَبسوط».

لَمّا ذَكَر الأيمانَ وكَفّارتَها -التي هي دائِرةٌ بين العِبادةِ والعُقوبةِ-: أَورَد عَقيبَها العُقوباتِ المَحضةَ، والله أعلَمُ.

---

(١) في (و): ري.

(٢) في (و): يمنعه.

كتاب الحدود

كِتابُ الحُدودِ

الحَدُّ في اللُّغة: هو المَنعُ، ومنه سُمِّي البَوّابُ حَدّادًا؛ لمَنعه النَّاسَ عن الدُّخول، وسُمِّيَ اللَّفظُ الجامِعُ المانِعُ حَدًّا: لأنّه يَجمَعُ الشَّيءَ المَقصودَ، ويَمنَعُ دُخولَ غيرِه فيه، وسُمِّيَت العُقوباتُ حُدودًا: لكَونها مانِعةً عن ارتِكاب أسبابِها.

وفي الشَّرع: الحَدُّ اسمٌ لعُقوبةٍ مُقدَّرةٍ، تَجِبُ حَقًّا لله تعالى، ولهذا لا يُسَمّى به(١) التَّعزيرُ؛ لأنَّه غيرُ مُقدَّرٍ، ولا يُسَمّى به القِصاصُ؛ لأنَّه حَقُّ العِبادِ.

وأسبابُ الحُدودِ: ما يُضاف إليها، من زِنًى، وقَذفٍ، وغيرِ ذلك.

الزِّنى يَثبُتُ بالبَيِّنة أو بالإقرار.

قَولُه: (الزِّنى يَثبُتُ بالبَيّنة) المُرادُ ثُبوتُه عند الإمام.

فالبَيِّنةُ: أن يَشهَدَ أربعةٌ من الشهُود بالزنى؛ لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾ [النّور:٤].

---

(١) في (هـ): بها.

وإنَّما شُرِطت الأربعةُ من الشُّهود: لأنَّ اللهَ تعالى يُحِبُّ السَّتْرَ على عباده(١)، وإلى ذلك نَدَب(٢)، وذَمَّ من أَحَبَّ تَشيُّعَ(٣) الفاحِشةِ، فلتَحقيق مَعنى السَّتْرِ: شُرِط زِيادةُ العَدَدِ.

وقيل: إنَّه(٤) لا يَتِمُّ إلا باثنَين، وفِعلُ كلِّ واحِدٍ لا يَثبُتُ(٥) إلا بشَهادة شاهِدَين.

والصَّحيحُ هو الأوَّلُ؛ فإنَّ بشَهادة شاهِدَين كما يَثبُتُ فِعلُ الواحِدُ يَثبُتُ فِعلُ الاثنَين.

وينبغي أن يَشهدوا على رَجُلٍ أو امرأةٍ بالزِّنى، فيَسأَلُهم الإمامُ عن الزِّنى ما هو؟

---

(١) روى أبو داود (٤٠١٢) والنسائي (٤٠٦) عن يعلى: أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رأى رجلًا يغتسل بالبراز بلا إزار، فصعد المنبر، فحمد الله وأثنى عليه، ثم قال: «إن الله عَزَّ وَجَلَّ حيي ستير، يحب الحياء والستر، فإذا اغتسل أحدكم فليستتر».

وهذا الحديث عامة في محبة الله تعالى للستر، وليس مقتصرًا على الستر الوارد في الحديث. قال الإمام الطيبي طيب الله ثراه في «شرح المشكاة» ٣/ ٨١٥: المعنى أن الله تبارك وتعالى تارك للمقابح، ساتر للعيوب والفضائح، يحب الحياء والتستر من العبد، لأنهما خصلتان تقضيان به إلي التخلق بأخلاق الله. أقول: هذا من باب التعريض، وصف الله تعالي بالحيي والستير تهجيًا لفعل الرجل، وحثًّا له علي تحري الحياء والتستر، كقوله تعالي: ﴿ٱلَّذِينَ يَحۡمِلُونَ ٱلۡعَرۡشَ وَمَنۡ حَوۡلَهُۥ يُسَبِّحُونَ بِحَمۡدِ رَبِّهِمۡ وَيُؤۡمِنُونَ بِهِۦ﴾. وصفهم بالإيمان به -وليسوا ممن لا يؤمن- حثًّا للمؤمنين على الاتصاف بصفات الملائكة المقربين من الإيمان بالله. انتهى.

(٢) روى البخاري (٢٤٤٢) ومسلم (٢٥٨٠) مرفوعًا: «من ستر مسلمًا ستره الله يوم القيامة»، وروى مسلم (٢٦٩٩) أيضًا: «ومن ستر مسلمًا ستره الله في الدنيا والآخرة».

(٣) في (و): تشييع.

(٤) أي الزنى.

(٥) في (و): لا يتم.

وكيف هو؟ وأين زَنى؟ ومتى زَنى؟ وبمَن زَنى؟ تكَلُّفًا لدَرء الحدِّ، ففي الحَديث: «ادرَؤُوا الحُدودُ بالشُّبهات[1]»[2]، وقولِه عَلَيْهِ السَّلَامُ: «ادرَؤُوا الحُدودَ ما استَطَعتم»[3].

وإنَّما شَرَطنا الاستِفسارَ عن الأشياء الخَمسةِ: لأنَّهم شَهِدوا بلَفظٍ مُحتَمِلٍ، فوَجَب الاحتِياطُ في ذلك.

أمَّا السُّؤالُ عن المائيّة[4]: فلأنَّه عِبارةٌ عن قَضاءِ شَهوةِ الفَرجِ في المَحَلِّ

(١) سقطت من (أ).

(٢) قال في «نصب الراية» ٣/ ٣٣٣ غريب بهذا اللفظ، وذُكر أنه في «الخلافيات» للبيهقي عن علي، وفي «مسند أبي حنيفة» عن ابن عباس، وأخرج ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٢٨٤٩٣) حدثنا هشيم عن منصور عن الحارث عن إبراهيم قال: قال عمر بن الخطاب: لأن أعطل الحدود بالشبهات، أحب إلي من أن أقيمها بالشبهات. انتهى، حدثنا عبد السلام عن إسحاق بن أبي فروة عن عمرو بن شعيب عن أبيه: أن معاذًا وعبد الله بن مسعود وعقبة بن عامر قالوا: إذا اشتبه عليك الحد فادرأه. انتهى. وأخرج عن الزهري قال: ادفعوا الحدود بكل شبهة. انتهى، وأخرج الدارقطني في «سننه» حديث عمرو بن شعيب، وهو معلول بإسحاق بن أبي فروة، فإنه متروك.

وقال في «التلخيص الحبير» ٤/ ١٠٤: الترمذي والحاكم والبيهقي من طريق الزهري عن عروة عن عائشة بلفظ: «ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة». انتهى.

(٣) انظر قول الحافظ في التخريج السابق.

(٤) في (و): الماهية. وكلاهما بمعنًى، فالماهية: كنه الشيء وحقيقته. «لغة الفقهاء» ص٣٩٨.

وقال في «دستور العلماء» ٣/ ١٣٦: الماهية: كانت في الأصل ماهوية، الياء للنسبة والتاء للمصدرية، ثم قلبت الواو ياء وأدغمت الياء في الياء وكسرت الهاء.

وقال بعض العلماء الماهية مأخوذة عن (ما هو) بإلحاق ياء النسبة وحذف إحدى اليائين للتخفيف وإلحاق التاء للنقل من الوصفية إلى الاسمية.

وقيل: الأصل المائية ثم قلبت الهمزة هاء كما في قراءة هِيَّاك في إياك. =

المَخصوصِ الخالي عن أَحَدِ المِلكَين[1]، وعن شُبهَتهما.

ومن النَّاس من زَعَم أنَّ كلَّ وَطءٍ حَرامٍ فهو زِنًى[2].

ولأنَّ الشَّرعَ سَمَّى الفِعلَ فيما دون الفَرجِ زِنًى[3]، قال[4] النبيُّ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «العَينانِ تَزنيانِ، وزِناهُما النَّظَرُ»[5].

والسُّؤالُ عن الكَيفيَّة: احتِرازٌ عن صورة الإكراهِ.

= وهي في عرف الحكماء: بما به يجاب عن السؤال بما هو، فعلى هذا يطلق الماهية على الحقيقة الكلية، وربما تفسر بما به الشيء هو هو، فتطلق على الحقيقة الكلية والجزئية أيضًا.

والحقيقة والماهية مترادفتان، فإن قيل: التعريف بما به الشيء هو هو ليس بمانع؛ لأنه يصدق على العلة الفاعلية؛ لأن الظاهر أن يكون الباء في قوله (ما به) للسببية، والضميران للشيء، فالمعنى الأمر الذي بسببه الشيء ذلك الشيء. انتهى.

(١) وهما ملك النكاح وملك اليمين.

(٢) كوطء الحائض، والنفساء، والأمة المجوسية، والأمة المشتركة، والأمة التي هي أخته من الرضاع، فإن كل ذلك حرامٌ وليس بزنًى. «البناية» ٦/ ٢٥٩.

(٣) فلعل الشاهد شهد على نظر محرم فسماه زنًى. ولهذه العلل الثلاث يسأل القاضي عن حقيقة الزنى الذي شهد به الشاهد.

(٤) في (هـ): فقال.

(٥) رواه الإمام أحمد (٨٥٢٦). وروى البخاري في «صحيحه» (٦٦١٢) ومسلم (٢٦٥٧) عن ابن عباس قال: ما رأيت شيئًا أشبه باللمم مما قال أبو هريرة عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إن الله كتب على ابن آدم حظه من الزنى، أدرك ذلك لا محالة، فزنى العين النظر، وزنى اللسان المنطق، والنفس تمنى وتشتهي، والفرج يصدق ذلك أو يكذبه». وروى مسلم إثره: عن أبي هريرة عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قال: «كتب على ابن آدم نصيبه من الزنى، مدرك ذلك لا محالة، فالعينان زناهما النظر، والأذنان زناهما الاستماع، واللسان زناه الكلام، واليد زناها البطش، والرجل زناها الخطا، والقلب يهوى ويتمنى، ويصدق ذلك الفرج ويكذبه».

والسُّؤالُ عن المَكان: احتِرازٌ عن الزِّنى في دار الحَرب.

والسُّؤالُ عن المَزنيِّ بها: لجَواز أن يكونَ له نِكاحٌ أو شُبهةُ نِكاحٍ مع المَفعول[1] بها، وذلك غير مَعلومٍ للشُّهود.

وذُكِر في بعض النُّسَخ: (ومتى زَنى؟) لجَواز أن يكونَ العَهدُ مُتقادِمًا، والتَّقادُمُ مانِعٌ عندنا[2]، ويَحتَمِلُ أن يكونَ السُّؤالُ عن الوَقت احتِرازًا عن الزِّنى في الصِّبا والجُنونِ.

فإذا بيَّنوا ذلك وقالوا: رَأيناهُ وَطِئها في فَرْجِها، كالمِيل في المُكْحُلة، وسَأَل القاضي عنهم فعُدِّلوا في السِّرّ والعَلانية: حَكَم بشهادَتهم.

الـمُكْحُلةُ بضَمَّتَين: وِعاءُ الكُحلِ.

والإقرارُ: أن يُقِرَّ الحُرُّ البالِغُ العاقِلُ على نَفسه بالزِّنى، أربَعَ مَرّاتٍ في أربَعة مَجالِسَ من مَجالِس المُقِرّ، كلما أقَرّ رَدَّه القاضي، كما فعل النبيُّ عَلَيۡهِ ٱلسَّلَامُ بماعِزٍ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنۡهُ[3].

---

(١) في (ز): المعقود.

(٢) فكما يمنع التقادم قبول الشهادة في الابتداء فكذا يمنع الإقامة بعد القضاء. «منحة الخالق» ٥/ ٦.

(٣) روى أبو داود (٤٤١٩) من طريق يزيد بن نعيم بن هزال عن أبيه قال: كان ماعز بن مالك يتيمًا في حجر أبي، فأصاب جارية من الحي، فقال له أبي: ائت رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ فأخبره بما صنعت، لعله يستغفر لك، وإنما يريد بذلك رجاء أن يكون له مخرجًا، قال: فأتاه فقال: يا رسول الله! إني زنيت فأقم علي كتاب الله، فأعرض عنه، فعاد فقال: يا رسول الله! إني زنيت فأقم علي كتاب الله، فأعرض عنه، فعاد فقال: يا رسول الله! إني زنيت فأقم علي كتاب الله، حتى قالها أربع مرار، قال صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ: «إنك قد قلتها أربع مرات، فبمن؟»، قال: بفلانة، فقال: «هل ضاجعتها؟»، قال: نعم، قال: «هل باشرتها؟»، قال: نعم، قال: «هل جامعتها؟»، قال: نعم، قال: فأمر به أن يرجم، فأخرج به=

لا بُدَّ من اختِلاف مَجالِسِ المُقِرِّ[1]؛ لأنَّ لاتِّحاد المَجلِسِ أثرًا في جَمع المُتفرِّقات، فعنده يَتحقَّقُ شُبهةُ الاتِّحادِ في الإقرار وهو قائِمٌ بالمُقِرِّ، فيُعتبَر اتِّحادُ مَجلِسِه دون مَجلِسِ القاضي.

والاختِلافُ: بأن[2] يَرُدَّه القاضي كلَّما أقرَّ، فيَذهبَ حيث لا يَراه، ثم يَجيءَ فيُقِرَّ، كذا المَرويُّ[3].

فإذا أتَمَّ إقرارَه أربَعَ مَرّات: سَأَله الإمامُ عن الزِّنى، ما هو؟ وكيف هو؟ وأين زَنى؟ وبمَن زَنى؟ فإن النبيَّ عَلَيْهِ السَّلَامُ كان يَقول: «لعَلَّك مَسِسْتَها أو قَبَّلتَها»[4].

=إلى الحرة، فلما رجم فوجد مس الحجارة فجزع فخرج يشتد، فلقيه عبد الله بن أنيس، وقد عجز أصحابه، فنزع له بوظيف بعير فرماه به فقتله، ثم أتى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فذكر ذلك له، فقال: «هلا تركتموه، لعله أن يتوب فيتوب الله عَزَّوَجَلَّ عليه».

(١) في (و): المقول.

(٢) في (و): باق.

(٣) قال المصنف في «الكافي» ٥/ ١٨٠ تبعًا لـ «الهداية»: ولنا: ما رُوِي أنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ طَرَد ماعِزًا في كلِّ مرّةٍ حتى تَوارى بحِيطان الْمَدينةِ، ثم رَجَع.

قلت: قال في «نصب الراية» ٣/ ٣١٦: غريب بهذا اللفظ، وبمعناه ما رواه ابن حبان في «صحيحه» (٤٤٠٠) من حديث أبي هريرة قال: جاء ماعز بن مالك إلى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: إن الأبعد زنى، فقال له: «ويلك! وما يدريك ما الزنى؟»، فأمر به فطرد وأخرج، ثم أتاه الثانية فقال مثل ذلك، فأمر به فطرد وأخرج، ثم أتاه الثالثة فقال له مثل ذلك، فأمر به فطرد وأخرج، ثم أتاه الرابعة فقال مثل ذلك، قال: «أدخلت وأخرجت؟»، قال: نعم، فأمر به أن يرجم. مختصر. انتهى.

(٤) قال في «نصب الراية» ٣/ ٣١٦: رواه بهذا اللفظ: الحاكم في «المستدرك» (٨٠٧٧) عن ابن عباس: أن ماعزًا أتى إلى رجل من المسلمين فقال له: إني أصبت فاحشة فما تأمرني؟ فقال له: اذهب إلى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ليستغفر لك، فأتى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فأخبره، فقال له:=

ولم يَذكُر السُّؤالَ عن الزَّمان هنا: لأنَّ التَّقادُمَ يَمنَعُ الشَّهادةَ دون الإقرارِ.

وقيل: لو سَألَه جاز؛ لجَواز أنَّه زَنى في صِباه[1].

فإذا بيَّن ذلك: لزِمَه الحَدُّ.

فإذا كان الزّاني مُحصَنًا: رَجَمَه بالحِجارة حتى يَموتَ، كما رَجَم النبيُّ عَلَيْهِ السَّلَامُ ماعِزًا[2].

رَجَم رَسولُ الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ماعِزًا وكان مُحصَنًا، وعليه إجماعُ الصَّحابةِ رضوانُ اللهِ عليهم أجمعين.

=«لعلك قبلتها؟»، قال: لا، قال: «فمسستها؟»، قال: لا، قال: «ففعلت بها كذا أو لم تكن؟»، قال: نعم، قال: «اذهبوا به فارجموه». انتهى، وسكت عنه، وتعقبه الذهبي في «مختصره» فقال: وحفص بن عمر العدني ضعفوه. انتهى. والحديث عند البخاري (٦٨٢٤) بلفظ: «لعلك قبلت، أو غمزت، أو نظرت؟»، قال: لا، قال: «أفنكتها؟»، قال: نعم، فعند ذلك أمر برجمه. انتهى، وهو في زوائد «المسند» (٢٣١٠): «لعلك قبلت، أو لمست، أو نظرت...» الحديث. انتهى.

(١) وهذا ما قرره في «الكنز»، قال في «التبيين» ٣/ ١٦٦: (وسأله كما مر، فإن بينه حد) أي إذا تم إقراره أربع مرات سأله كما مر في الشهادة، وهو أن يسأله عن الزنى ما هو؟ وكيف هو؟ وأين هو؟ وأين زنى؟ وبمن زنى؟ ومتى زنى؟ ليزول الاحتمال على ما مر.

وقيل: لا يسأله عن الزمان؛ لأن تقادم العهد يمنع الشهادة دون الإقرار، والأصح أنه يسأله لاحتمال أنه زنى في صباه. انتهى.

وقال في «البحر» ٥/ ٨: وظاهر كلامه أنه يسأله عن الزمان، والمزنيّ بها وهذا هو الأصح؛ لاحتمال أنه زنى في صباه أو زنى بجارية ابنه وهو لا يعلمها، وليس فائدة السؤال عن الزمان منحصرة في احتمال التقادم، وهو مضر في الشهادة دون الإقرار؛ لأن له فائدةً أخرى، وهو احتمال وجوده في زمان الصبا. انتهى.

(٢) انظر التخريجين السابقين.

ويُخرَج إلى أرضٍ فَضاءٍ، ويَبتدِئُ الشُّهودُ برَجمه؛ تكَلُّفًا للدَّرء، فلعَلَّهم يَرجِعون، ثم الإمامُ، ثم النّاسُ، فإن امتَنَع الشُّهودُ من الابتِداء: سَقَط الحَدُّ.

وإن كان الزّاني مُقِرًّا: ابتَدأ الإمامُ ثم النّاسُ.

قَولُه: (فلعَلَّهم يَرجِعون) لأنَّ الإنسانَ قد يَجتَرِئُ[1] على أداء الشَّهادةِ كاذِبًا، ثمّ إذا آلَ الأمرُ إلى مُباشَرة القَتلِ يَمتَنِعُ من ذلك، فكان في بدِايَته احتيالٌ للدَّرء.

قَولُه: (سَقَط الحَدُّ) لأنَّ الامتِناعَ دَلالةُ الرُّجوعِ، فيُلحَق بحَقيقته.

ويُغَسَّلُ ويُكَفَّنُ ويُصَلّى عليه؛ لأنه ليس في مَعنى شُهَداءِ أُحُدٍ[2].

قَولُه: (لأَنَّه ليس في مَعنى شُهداءِ أُحُدٍ) لأَنَّهم قُتِلوا ظُلمًا بغير حَقٍّ، وهذا مَقتولٌ بحَقٍّ، فكان كالمَقتول قِصاصًا.

---

(١) في (هـ): يجبر.

(٢) من الوارد في هذا في حق شهداء أحد: ما رواه البخاري (١٣٤٣) وأصحاب السنن الأربعة: عن جابر بن عبد الله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان يجمع بين الرجلين من قتلى أحد، ويقول: «أيهما أكثر أخذًا للقرآن»، فإذا أشير له إلى أحدهما، قدمه في اللحد، وقال: «أنا شهيد على هؤلاء يوم القيامة»، وأمر بدفنهم في دمائهم، ولم يغسلهم.

فصل «في كيفية الحدِّ وغير ذلك»

فصلٌ

فإن لم يكُن مُحصَنًا وكان حُرًّا: فحَدُّه مِائةُ جَلدةٍ؛ لقوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢].

قَولُه تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي﴾: تَقديرُه: التي زَنَت والذي زَنى، فالألِف واللَّامُ بمَعنى الّذي، وقد تَضمَّن مَعنى الشَّرطِ، ولهذا قال: ﴿فَٱجْلِدُواْ﴾.

والجَلدُ: ضَربُ الجِلدِ، كما يُقال: ظَهَرَه وبَطَنَه[١].

والخِطابُ لجَميع الأُمّةِ، لكن لَمّا تَعذَّر اجتِماعُهم عليه[٢]: يَقومُ الإمامُ مَقامَهم.

وقَدَّم الزَّانيةِ على الزَّاني: لأنَّ المَرأةَ هي المادّةُ التي نَشَأت منها الجِنايةُ؛ لأنّها لو لم تُطمِع الرَّجُلَ، ولم تُومِض[٣] له، ولم تُمكِّنه: لم يَطمَع ولم يَتمكَّن، فلَمّا كانت أَصلًا وأَوَّلًا: بُدِئ بذِكرها.

---

(١) أي ضَرَب ظَهْرَه وبَطْنَه.

(٢) أي على الحد.

(٣) في (هـ): ولم ترض، وفي (و): ولم يرتض. والإيماض: الإشارة الخفية. يقال: أومض البرق وومض إيماضًا وَوَمْضًا ووميضًا: إذا لمع لمعا خفيًّا ولم يعترض. «النهاية» ٥/ ٢٣٠.

وقدَّم السَّارِقَ على السَّارقة: لأنَّ الرَّجُلَ هو الأصلُ في السَّرِقة، كذا في «الكشّاف» وغيرِه.

والآيةُ عامّةٌ، تَنتَظِمُ[1] المُحصَنَ وغيرَ المُحصَن، وقد انتُسِخ في حَقِّ المُحصَنِ[2]، فبَقي في حَقِّ غيرِه مَعمولًا به، وخُصَّ المَماليكُ بقوله تعالى: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾ [النساء:٢٥].

يَأمُرُ الإمامُ بضَربه بسَوطٍ لا ثَمَرة له، فإنه رُوِي عن عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه لما أراد أن يُقيمَ الحَدَّ كَسَر ثَمرَته[3].

(لا ثَمَرة له) أي لا عُقدةَ عليه.

---

(١) في (و): فتنتظم.

(٢) روى القاسم بن سلام في «الناسخ والمنسوخ» (٢٣٨) عن ابن عباس في قوله عَزَّوَجَلَّ: ﴿وَاللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِن نِّسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ فَإِن شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّىٰ يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا﴾، قال: وقال في المطلقات: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾، قال: هؤلاء الآيات قبل أن تنزل سورة النور في الجلد، فنسختها هذه الآية: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾، قال: فالسبيل الذي جعله الله عَزَّوَجَلَّ لهن الجلد والرجم، فإذا جاءت اليوم بفاحشة مبينة فإنها تخرج وترجم بالحجارة.

(٣) قال في «نصب الراية» ٣/ ٣٢٣: غريب، وروى ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٢٨٦٨٣) عن أنس بن مالك رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: كان يؤمر بالسوط فيقطع ثمرته، ثم يدق بين حجرين حتى يلين، ثم يضرب به. قلنا لأنس: في زمان من كان؟ قال: في زمان عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وروى عبد الرزاق في «مسنده» (١٣٥١٥) أن رجلًا أتى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: يا رسول الله! إني أصبت حدًّا فأقمه علي، فدعا رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بسوط، فأتي بسوط جديد عليه ثمرته، فقال: «لا، سوط دون هذا»، فأتي بسوط مكسور العَجُز فقال: «لا، سوط فوق هذا»، فأتي بسوط بين السوطين، فأمر به فجلد. وانظر تتمة ذلك فيه.

ويَضرِبُه ضَرْبًا مُتوَسِّطًا؛ لأنه للتَّأديب، فلو كان خَفيفًا جِدًّا لا يَحصُلُ التَّأديبُ، ولو كان قوِيًّا جِدًّا: لكان إهلاكًا.

ويَنزِعُ عنه ثيابَه؛ ليُفيدَ التَّأديبُ، ويُفَرِّقُ الضَّربَ على أعضائه؛ تَحقيقًا للعَدل، إلا الرَّأسَ والوَجهَ والفَرجَ؛ لأنه يُتوَقَّع الهَلاكُ منه وذَهابُ الحَواسّ.

(ويَنزِعُ عنه ثيابَه) مَعناهُ دون الإزارِ؛ لأنَّ في نَزعه كَشفَ العَورةِ.

قَولُه: (ليُفيد التَّأديبُ) جاز أن يكونَ الفِعلُ مُسنَدًا إلى ما هو المَحذوفُ، وهو الضَّربُ، ويكونُ التَّأديبُ مَنصوبًا، وجاز أن يَكونَ مُسنَدًا إلى التَّأديب، ويكونُ الفِعلُ مَحذوفًا.

قَولُه: (تَحقيقًا للعَدل) لأنَّه لَمّا وَصَلت لَذّةُ قَضاءِ الشَّهوةِ إلى جَميع أعضائِه: فلْيَصِل أَلَمُ الضَّربِ إلى الكُلِّ؛ تَحقيقًا للعَدل.

قَولُه: (لأنَّه يُتوَقَّعُ منه الهَلاكُ وذَهابُ الحَواسِّ) جاز أن يكونَ فيه صَنعةُ اللَّفِّ والنَّشرِ، فيَرجِعُ الأوَّلُ إلى الفَرجِ؛ لِما قيل: إنَّ الضَّربَ على الفَرج مُتلِفٌ، والثَّاني إلى الرَّأس والوَجهِ، وجاز أن يكونَ الأوَّلُ راجِعًا إلى الكُلِّ؛ لِما أنَّ في تَفويت الحَواسِّ استِهلاكًا حُكمًا، والثَّاني إلى الرَّأس والوَجهِ فحَسْبُ.

وإن كان عَبدًا: جُلِد خَمسين؛ لقوله تعالى: ﴿فَعَلَيۡهِنَّ نِصۡفُ مَا عَلَى ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ مِنَ ٱلۡعَذَابِۚ﴾ [النِّساء:٢٥].

والتَّمسُّكُ بقَوله تعالى: ﴿فَإِنۡ أَتَيۡنَ بِفَٰحِشَةٖ فَعَلَيۡهِنَّ نِصۡفُ مَا عَلَى ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ مِنَ ٱلۡعَذَابِۚ﴾ [النِّساء:٢٥]: أنَّ المُرادَ منه: الجَلدُ لا الرَّجمُ؛ لأنَّ الرَّجمَ لا يَتنَصَّفُ، أو لعَدَم

الإحصانِ؛ لفَقد[1] شَرطِه وهو الحُرِّيةُ.

وإذا ثَبَت التَّنصيفُ في الإماءِ لِمَكان الرِّقِّ الذي هو مُنْقِصٌ للكَرامات والعَقوباتِ: يَثبُتُ في العَبيد دَلالةً.

وإنَّما خَصَّهُنَّ: لغَلَبة شَهوتِهنَّ.

فإن رَجَع المُقِرُّ عن إقراره قبل إقامةِ الحَدِّ عليه أو في وَسَطه: قُبِل رُجوعُه وخُلِّيَ سَبيلُه؛ لأنه شُبهةٌ.

قَولُه: (لأنه شُبهةٌ) لأنَّ الرُّجوعَ خَبَرٌ مُتمَيِّلٌ بين الصِّدقِ والكَذِبِ كالإقرار، فيَتعارَضُ كَلاماه، فتَثبُتُ الشُّبهةُ[2]؛ للتَّعارُض.

ويُستَحَبُّ للإمام أن يُلَقِّنَ المُقِرَّ الرُّجوعَ ويَقول: لعَلَّك مَسِسْتَ، أو قَبَّلت، كما فَعَل النبيُّ عَلَيهِ السَّلَامُ بماعزٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُ[3].

والرَّجُلُ والمَرأةُ في الحَدّ سَواءٌ؛ لقوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٖ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٖ﴾ [النور:٢] ، إلا أن المرأةَ لا يُنزَعُ عنها ثِيابُها إلا الحَشوَ والفَرو؛ لأن أعضاءَ المرأةِ عَورةٌ.

قَولُه: (إلا الفَروَ والحَشوَ)[4] لأنَّ سَتْرَ العَورةِ يَحصُلُ بالمَلبوس، فيُنزَعا ليَخلُصَ الألَمُ إلى بَدَنها.

---

(١) في (و): ليفيد.

(٢) في (هـ) و(و): الشهوة.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) في (و): .إلا الخف والفرو.

وتُضرَبُ جالِسةً، ويُضرَبُ الرَّجُلُ قائِمًا.

وإن حُفِر لها في الرَّجم: جاز، كما فَعَل عليٌّ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ بشُراحَة الهَمْدانِيّة[1].

الهَمْدانيةُ: بسُكون الميمِ[2]، كذا في «المُغرِب».

ولا يُقيمُ المَولى الحَدَّ على مَملوكه إلا بإذن الإمام؛ لقوله عَلَيْهِٱلسَّلَامُ: «أربَعٌ إلى الإمام...» منها: إقامةُ الحَدّ[3].

---

(١) روى الإمام أحمد (٩٧٨) عن عامر قال: كان لشراحة زوج غائب بالشام، وإنها حملت، فجاء بها مولاها إلى علي بن أبي طالب، فقال: إن هذه زنت فاعترفت، فجلدها يوم الخميس مائة، ورجمها يوم الجمعة، وحفر لها إلى السرة، وأنا شاهد، ثم قال: إن الرجم سنة سنها رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ، ولو كان شهد على هذه أحد لكان أول من يرمي، الشاهد يشهد ثم يُتبع شهادته حجره، ولكنها أقرت، فأنا أول من رماها، فرماها بحجر، ثم رمى الناس، وأنا فيهم، قال: فكنت والله فيمن قتلها.

(٢) ضابط في نسبة الهَمْداني والهَمَذاني: قال ابن ماكولا في «الإكمال في رفع الارتياب عن المؤتلف والمختلف في الأسماء والكنى والأنساب»: الهَمْداني بسكون الميم وبالدال المهملة، منسوب إلى هَمْدان، وهو أوسلة، وقال عبد الغني: همدان بن أوسلة بن مالك ابن زيد بن أوسلة بن ربيعة بن الخيار بن مالك بن زيد بن كهلان، ينسب إليه جماعة كثيرة من الصحابة والتابعين والعلماء والشعراء والفرسان وغيرهم.

وأما الهَمَذاني: بفتح الميم والذال المعجمة، فهم أهل هَمَذان، ولهم تاريخ، فيهم جماعة كثيرة من الرواة والأدباء. والهَمْداني في المتقدمين بسكون الميم أكثر، وبفتح الميم في المتأخرين أكثر.

(٣) قال في «نصب الراية» ٣/ ٣٢٦: «أربع إلى الولاة...» وذكر منها الحدود، قلت: غريب، وروى ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٢٨٤٣٨) حدثنا عبدة عن عاصم عن الحسن قال: أربعة إلى السلطان: الصلاة، والزكاة، والحدود، والقصاص. انتهى. (٢٨٤٣٩) حدثنا ابن مهدي عن حماد بن سلمة عن جبلة بن عطية عن عبد الله بن محيريز قال: الجمعة، والحدود، والزكاة، والفيء إلى=

عن ابن عبّاسٍ وابنِ مَسعودٍ وغيرِهما رَضِيَٱللَّهُعَنهُم مَوقوفًا ومَرفوعًا: «أربَعةٌ إلى الوُلاةِ: الحُدودُ، والصَّدقاتُ، والجُمُعاتُ، والفَيءُ»، كذا في «المَبسوط».

ولأنَّ وُجوبَ هذه الأشياءِ باعتِبار الآدَميّةِ، لا الماليّةِ، إذ الحَدُّ لا يَجِبُ على المالِ، والعَبدُ مُبقًّى على الحُرّية فيما يَختَصُّ بالآدَميّة، كالنِّكاح والطَّلاقِ.

وقَولُه عَلَيهِٱلسَّلَامُ: «أقيموا الحُدودَ على ما مَلَكت أيمانُكم»[1]: خِطابٌ للأئمّة، أو يكونُ بإذن الإمامِ[2].

وإذا رَجَع أَحدُ الشُّهودِ بعد الحُكمِ قبل الرَّجم: ضُرِبوا الحَدَّ، وسَقَط الرَّجمُ عن المَشهود عليه؛ لأن القَضاءَ هو الإحكامُ البالِغ، وهو الذي لا يُتصَوَّر فوقَه، وذلك

=السلطان. انتهى. (٢٨٤٤٠) حدثنا عمر بن أيوب عن مغيرة بن زياد عن عطاء الخراساني، قال: إلى السلطان: الزكاة، والجمعة، والحدود. انتهى.

وقال الزيلعي أيضًا في «تخريج أحاديث الكشاف» ٤/ ٢٥: رفعه صاحب «الهداية» كما رفعه المصنف، وهو في غالب كتب الفقه موقوف على ابن عمر. انتهى.

وقال الحافظ في «الدراية» ٢/ ٩٩: حديث أربعة إلى الولاة وذكر منها الحدود: لم أجده. انتهى.

وقال العيني في «البناية» ٦/ ٢٨٠ بعد أن قال غريب ونقل كلام الزيلعي: وقال الإترازي رَحِمَهُٱللَّهُ: ولنا ما روى أصحابنا في كتبهم عن ابن مسعود وابن عباس وابن الزبير رَضِيَٱللَّهُعَنهُم موقوفًا ومرفوعًا: «أربع إلى الولاة: الحدود، والصدقات، والجماعات، والفيء»، وكذا قال الكاكي رَحِمَهُٱللَّهُ نحوه، غير أنه قال مرفوعًا إلى النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيهِوَسَلَّمَ قال: «أربع إلى الولاة...» إلى آخره، وكذا قال الأكمل رَحِمَهُٱللَّهُ، فانظر إلى هذا التقصير من هؤلاء، كيف سكتوا عن تحرير الحديث الذي ذكره المصنف من غير أصل، والخصم الذي يحتج لمذهبه بالأحاديث الصحيحة هل يرضى بهذا الحديث الذي ليس له أصل.

(١) رواه الإمام أحمد (٧٣٦)، وأبو داود (٤٤٧٣)، والنسائي في «الكبرى» (٧٢٠١).

(٢) أي إن كان الخطاب للأمة.

بالإمضاء، وضُرِب الشُّهودُ الحَدّ؛ لأنهم أقَرُّوا أنَّهم قَذَفةٌ كاذبون.

قَولُه: (وإذا رَجَع أحدُ الشُّهودِ بعد الحُكم...) إلى آخِره: أمّا سُقوطُ الحَدِّ عن المَشهود عليه: لأنَّ العارِضَ[1] بعد القَضاءِ في الحُدود كالعارِض قبلَه، بدَليل رِدّةِ الشُّهودِ، وهذا لأنَّ فيما يَجِبُ حَقًّا لله تعالى تَمامَ القَضاءِ بالاستيفاء[2]؛ لأنَّ المَقصودَ منه الانزِجارُ عن المَعاصي، وذلك لا يَتحَقَّقُ إلا بالاستيفاء.

(لأنَّ القَضاءَ هو الإحكامُ البالِغُ)، قال الشَّاعِرُ[3]:

وعلَيهما مَسرودتانِ قَضاهما[4] ....

أي صَنَعهما وأَحكَم صَنعتَهما.

(وذلك بالإمضاء) أي وذلك بالإمضاء في الحُدود؛ لأنه من تَتِمّة القَضاءِ فيها لا في غيرها، فما لم يَتَّصِل القَضاءُ بالإمضاء فيها: لا يَحصُلُ الإحكامُ البالِغُ.

وهذا لأنَّ القَضاءَ إمّا أن يكونَ لإعلام مَن له الحَقُّ بحَقِّه، أو لتَمكينه[5] من

---

(١) في (ز): المعارض.

(٢) سقطت من (هـ).

(٣) هو أبو ذؤيب الهذلي، والبيت في «ديوانه» ص٥٧، والبيت ثمة:

وعليهما ماذِيَّتانِ قضاهما ... داود أو صَنَعُ السوابغ تُبَّعُ

(٤) وصف رجلين اقتتلا، وعلى كل واحد درع سردها تبع، قضاهما: فرغ منهما، وسبغ الشَّعر: طال وكثر، ومنه سابغ الأليتين أي تامة عظيمة. «غريب الحديث» للحربي ٢/ ٤٠٧.

وفسر القضاء بالإحكام مستشهدًا بهذا البيت: أبو عبيد في «السلاح» ص٢٩، وابن قتيبة في «الجراثيم» ٢/ ١٥٩، والأنباري في «الزاهر في معاني كلمات الناس» ١/ ٤٨٦، والأزهري في «تهذيب اللغة» ٩/ ١٧٠، والفارابي في «معجم ديوان الأدب» ٤/ ٨٤، وغيرهم.

(٥) في (هـ): لتمكنه.

الاستيفاء، وذلك لا يُتصَوَّر في حُقوق اللهِ تعالى؛ لأنَّ اللهَ تعالى لا يَخفى عليه خافيةٌ، فلا حاجةَ إلى الإظهار في حَقِّه، والقاضي يَستَعيدُ[1] العِلمَ بالشَّهادة قبل الحُكمِ، فلا حاجةَ إلى التَّلفُّظ بلَفظ القَضاءِ، فعُلِم بهذا أنَّ المُعتبَرَ في الحُدود حَقيقةُ الاستيفاءِ.

قَولُه: (وضُرِب الشُّهودُ الحَدَّ) وهذا عند أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

وعند محمدٍ رَحِمَهُٱللَّهُ: حُدَّ الرَّاجعُ وَحدَه، وهذا بناءً على أنَّ الإمضاءَ من القَضاء في هذا البابِ، وكَلامُ الشُّهودِ قَذفٌ في الأصل، وإنَّما يَصيرُ شَهادةً باتِّصال القَضاءِ به، فإذا لم يَتَّصِل بالقَضاء: بَقِي قَذفًا، ولم يتَّصِل هنا؛ لأنَّ الإمضاءَ من القَضاء، فيُحَدُّون حَدَّ القَذفِ.

فإذا رَجَع بعد الرَّجمِ واحِدٌ: حُدَّ الرَّاجعُ وَحدَه، وضَمِن رُبُعَ الدِّية؛ لأنه تَلِف بهم جَميعًا.

وإن نَقَص عددُ الشُّهودِ عن أربعةٍ: حُدّوا؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِذۡ لَمۡ يَأۡتُواْ بِٱلشُّهَدَآءِ فَأُوْلَٰٓئِكَ عِندَ ٱللَّهِ هُمُ ٱلۡكَٰذِبُونَ﴾ [النور:١٣].

قَولُه: (حُدَّ الرَّاجعُ وَحدَه) لأنَّه أقَرَّ على نَفسه بالتِزام حَدِّ القَذفِ، وإقرارُه على نَفسه حُجّةٌ، ولا وِلايةَ له على غيره، فلا يَبطُل برُجوعه في حَقِّ الباقين؛ لأنَّ القَضاءَ قد تَمَّ بالإمضاء.

قَولُه: (لأنَّه تَلِف بهم جَميعًا) فيكونُ التَّالِفُ به رُبُعَ الحَقِّ؛ لأنَّ المُعتبَرَ بقاءُ من بَقِي، لا رُجوعُ من رَجَع.

وشَرطُ إحصانِ الرَّجم: أن يكون حُرًّا، عاقِلًا، بالِغًا، مُسلِمًا، وقد تزَوَّج امرأةً

(١) في (هـ): يستقبل.

نِكاحًا صَحيحًا ودَخَل بها وهُما على صفة الإِحصان؛ ليكون تَمامُ النِّعمةِ سَبَبًا لتكامُل الجِنايةِ والعُقوبة.

وقال الشافعيُّ: الإسلامُ ليس شَرطًا.

الإِحصانُ الذي هو شَرطُ وُجوبِ الرَّجمِ لا يكونُ إلا بسَبع شَرائِطَ: في الخَمس منها اتِّفاقٌ، وفي الاثنَين منها خِلافٌ.

أمّا الخَمسُ: فالبُلوغُ، والعَقلُ، والحُرِّيّةُ، والنِّكاحُ الصَّحيحُ، والدُّخولُ بالنِّكاح.

وأمّا الثِّنتانِ(1): فإحداهما: كونُ كلِّ واحِدٍ من الزَّوجَين مُساوِيًا لصاحِبه في شَرائِط الإحصانِ زَمانَ الإصابةِ بحُكم النِّكاحِ.

والثّانيةُ: الإسلامُ، وهما شَرطان عندنا، خِلافًا للشّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ.

قَولُه: (وهُما على صِفة الإحصانِ) الواوُ فيه للحال، أي يُشتَرَط صِفةُ الإحصانِ فيهما عند الدُّخولِ، حتى لو دَخَل بالمَنكوحة الكافِرةِ، أو المَملوكةِ، أو المَجنونةِ، أو الصَّبيّةِ: لا يكونُ مُحصَنًا.

وكذا إذا كان الزَّوجُ مَوصوفًا بإحدى هذه الصِّفاتِ(2) وهي حُرّةٌ، مُسلِمةٌ، بالِغةٌ، عاقِلةٌ.

قَولُه: (ليكونَ تَمامُ النِّعمةِ سَبَبًا لتكامُل الجِنايةِ) وبهذه الأشياءِ تَتكامَلُ النِّعمةُ.

أمّا البُلوغُ والعَقلُ: فلأنَّ بسَبَب الصِّغَرِ والجُنونِ يَدخُلُ في هذا الفِعلِ نُقصانٌ، فإنَّ تَمامَ طَبعِ المَرءِ إلى الحُرّة البالِغةِ العاقِلةِ.

(1) في (ز): الاثنان.

(2) أي الكفر والرق والجنون والصبا. وانظر «البناية» ٦/ ٢٨٥.

وأمّا الحُرِّيَّةُ والإسلامُ: فظاهِرٌ.

والنِّكاحُ الصَّحيحُ مُمَكِّنٌ[1] له من الوَطءِ الحَلالِ، وبإصابة الحَلالِ تَنكَسِرُ شَهوَتُه، فتَتِمُّ النِّعمةُ بهذه الأشياء.

والرَّجمُ أَغلَظُ العُقوباتِ؛ لأنَّه مُفوِّتٌ للرُّوح، فيَستَدعي أَفحَشَ الجِناياتِ، وبزِيادة النِّعمةِ يَزدادُ غِلَظُ الجَريمةِ، ولهذا هَدَّدَ اللهُ تعالى نِساءَ رَسولِه عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ بضِعفِ ما هَدَّدَ به غيرَهُنَّ[2]؛ لزِيادة النِّعمةِ عليهنَّ، وعُوتِبَ الأنبياءُ عَلَيْهِمُ ٱلسَّلَامُ على الزَّلاتِ بما لم يُؤاخَذ به غيرهم[3]،...

---

(١) في (هـ): لتمكن.

(٢) قال تعالى: ﴿ يَٰنِسَآءَ ٱلنَّبِيِّ مَن يَأْتِ مِنكُنَّ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ يُضَٰعَفْ لَهَا ٱلْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ ۚ وَكَانَ ذَٰلِكَ عَلَى ٱللَّهِ يَسِيرًا ۞ وَمَن يَقْنُتْ مِنكُنَّ لِلَّهِ وَرَسُولِهِۦ وَتَعْمَلْ صَٰلِحًا نُّؤْتِهَآ أَجْرَهَا مَرَّتَيْنِ وَأَعْتَدْنَا لَهَا رِزْقًا كَرِيمًا ۞ يَٰنِسَآءَ ٱلنَّبِيِّ لَسْتُنَّ كَأَحَدٍ مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ۚ إِنِ ٱتَّقَيْتُنَّ فَلَا تَخْضَعْنَ بِٱلْقَوْلِ فَيَطْمَعَ ٱلَّذِى فِى قَلْبِهِۦ مَرَضٌ وَقُلْنَ قَوْلًا مَّعْرُوفًا﴾.

(٣) لا يجوز تسمية فعل من أفعال الأنبياء عليهم الصلاة والسلام بالزلة، وإن كان معناه عند من يطلقها -كالمصنف هنا وفي «تفسيره» و«أصوله» و«الكافي»- أنها ما دون الصغيرة مما لا يستوجب مؤاخذة، لأن جناب الأنبياء عليهم الصلاة والسلام محفوظ منزه عن هكذا أوصاف، كيف وهم الذين أمرنا باتباعهم على الإطلاق، وعصمهم الله تعالى من الخطأ والخطيئة!

وقد تبع المصنف غفر الله له الزمخشريَّ في إطلاق هذه التسمية، ومعلوم أن مذهب الزمخشري في النبوات مذهب فاسد كاسد عاطل باطل، حرم بعض العلماء قراءة كتابه «الكشاف» لما فيه من انتقاص من مقام النبوة، كالسبكي الذي ألف رسالة سماها: «سبب الانكفاف عن إقراء الكشاف»، ذكر فيها تطاول هذا المعتزلي على جناب النبوة في سورة التكوير والتحريم وغيرها.

وقد ألف شيخنا الإمام أحمد يحيى سراج الدين حفظه الله تعالى في تنزيه جناب نبينا صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن الخطأ والخطيئة رسالة جليلة المقدار عظيمة النفع منقطعة النظير سماها «كشف=

والحُرُّ يُقامُ عليه الحَدُّ الكامِلُ دون العَبدِ[1].

(وقال الشافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الإسلامُ ليس بشَرطٍ) لأنَّه عَلَيهِ ٱلسَّلَامُ رَجَم يَهودِيَّينِ[2].

ولَنا: أنَّ ذلك كان بحُكم التَّوراةِ، ثم نُسِخ[3]، بدَليل قَولِه عَلَيهِ ٱلسَّلَامُ: «من أَشرَكَ بالله فليس بمُحصَنٍ»[4].

=الحجاب عن بعض أسرار الخطاب في قول العزيز الوهاب ﴿عَفَا ٱللَّهُ عَنكَ لِمَ أَذِنتَ لَهُمْ﴾»، وكان في ضمنها الرد على من نحا منحى تسمية الزلة لبعض أفعال سيدنا رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ، وبيّن أن هذه الآية اشتملت على أعلى مقامات التعظيم والتفخيم لجنابه الكريم صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ.

(١) لأجل نعمة الحرية.

(٢) رواه البخاري (١٣٢٩)، ومسلم (١٦٩٩).

(٣) روى مسلم (١٧٠٠) عن البراء بن عازب قال: مر على النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ بيهودي محمَّمًا مجلُودًا، فدعاهم صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ، فقال: «هكذا تجدون حد الزاني في كتابكم؟»، قالوا: نعم، فدعا رجلًا من علمائهم فقال: «أنشدك بالله الذي أنزل التوراة على موسى، أهكذا تجدون حد الزاني في كتابكم»، قال: لا، ولولا أنك نشدتني بهذا لم أخبرك، نجده الرجم، ولكنه كثر في أشرافنا، فكنا إذا أخذنا الشريف تركناه، وإذا أخذنا الضعيف أقمنا عليه الحد، قلنا: تعالوا فلنجتمع على شيء نقيمه على الشريف والوضيع، فجعلنا التحميم والجلد مكان الرجم، فقال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ: «اللهم إني أول من أحيا أمرك إذ أماتوه»، فأمر به فرجم، فأنزل الله عَزَّ وَجَلَّ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلرَّسُولُ لَا يَحْزُنكَ ٱلَّذِينَ يُسَٰرِعُونَ فِي ٱلْكُفْرِ﴾ إلى قوله ﴿إِنْ أُوتِيتُمْ هَٰذَا فَخُذُوهُ﴾، يقول: ائتوا محمدًا صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ، فإن أمركم بالتحميم والجلد فخذوه، وإن أفتاكم بالرجم فاحذروا، فأنزل الله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْكَٰفِرُونَ﴾، ﴿وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ﴾، ﴿وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ﴾ في الكفار كلها.

وانظر باب (جلد المحصن قبل الرجم والاختلاف فيه) في «الاعتبار في الناسخ والمنسوخ من الآثار» ص٢٠٠.

(٤) قال في «نصب الراية» ٣/ ٣٢٧: رواه إسحاق بن راهويه في «مسنده»: أخبرنا عبد العزيز=

ولا يُجمَعُ في المُحصَن بين الجَلدِ والرَّجم؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما حَدٌّ كافٍ؛ لأن الله تعالى قال: ﴿فَٱجۡلِدُوا۟﴾ [النور: ٢]، والفاءُ للجزاء، وفي حديث عمرَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنۡهُ: (الشَّيخُ والشَّيخةُ إذا زَنَيا: فارجُموهما البَتّةَ نكالًا من الله واللهُ عليمٌ حكيمٌ)[١].

ولا يُجمَعُ في البِكر بين الجَلدِ والنَّفيِ عندنا.

وعند الشافعي: يُجمَع؛ للحديث، وهو قولُه عَلَيۡهِ ٱلسَّلَامُ: «خُذوا عَنّي خُذوا عَنّي! قد جَعَل اللهُ لهُنَّ سبيلًا: البِكرُ بالبِكر جَلدُ مِائةٍ وتَغريبُ عامٍ، والثَّيِّبُ بالثَّيِّب جَلدُ مِائةٍ ورَجمٌ بالحِجارة»،[٢] وقد انتَسَخ هذا بقوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجۡلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنۡهُمَا مِا۟ئَةَ جَلۡدَةٍ﴾[٣].

=بن محمد، ثنا عبيد الله، عن نافع عن ابن عمر عن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ قال: «من أشرك بالله فليس بمحصن». انتهى، قال إسحاق: رفعه مرة فقال: عن رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ، ووقفه مرة. انتهى، ومن طريق إسحاق بن راهويه رواه الدارقطني في «سننه» (٣٢٩٥)، ثم قال: ولم يرفعه غير إسحاق، ويقال: إنه رجع عن ذلك، والصواب موقوف. انتهى، وهذا لفظ إسحاق بن راهويه في «مسنده» كما تراه، ليس فيه رجوع، وإنما أحال التردد على الراوي في رفعه ووقفه، والله أعلم. انتهى. وذكر أدلة أخرى فانظرها ثمة.

ورواه موقوفًا عن ابن عمر رَضِيَ ٱللَّهُ عَنۡهُمَا: ابن أبي شيبة (٢٨٧٥٤)، والطحاوي في «شرح مشكل الآثار» (٤٥٤٤) والدارقطني (٣٢٩٤)، والبيهقي (١٦٩٣٦).

(١) رواه النسائي في «الكبرى» (٧١١٢)، والحاكم (٨٠٦٨)، وابن ماجه (٢٥٥٣) والإمام أحمد (٢١٥٩٦) كلاهما دون قوله: (نكالًا من الله)، ووردت الإشارة إليه عند مسلم (١٦٩١).

(٢) رواه مسلم (١٦٩٠).

(٣) روى القاسم بن سلام في «الناسخ والمنسوخ» (٢٣٨) عن ابن عباس في قوله عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَٱلَّٰتِي يَأۡتِينَ ٱلۡفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمۡ فَٱسۡتَشۡهِدُوا۟ عَلَيۡهِنَّ أَرۡبَعَةً مِّنكُمۡۖ فَإِن شَهِدُوا۟ فَأَمۡسِكُوهُنَّ فِي ٱلۡبُيُوتِ حَتَّىٰ يَتَوَفَّىٰهُنَّ ٱلۡمَوۡتُ أَوۡ يَجۡعَلَ ٱللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا﴾ قال: وقال في المطلقات: ﴿لَا تُخۡرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا=

قَولُه: (لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما كافٍ) أي الجَلدُ في حَقِّ غيرِ المُحصَنِ كافٍ في كَونه حَدًّا، والرَّجمُ في حَقِّ المُحصَنِ كافٍ في كَونه حَدًّا، فلا يُجمَع بينهما، والرَّجمُ مُرادٌ بالإجماع، فانتَفى الجَلدُ.

وإنَّما قُلنا بأنَّ كلَّ واحِدٍ كافٍ: لأنَّه ذُكِر في مَعرِض الجَزاءِ، بدَليل دُخولِ الفاءِ في قَوله: ﴿فَٱجْلِدُواْ﴾، وقَولِه[1]: (فارجُمُوهما)[2].

وإذا كان جَزاءً يكون كافِيًا؛ لأنَّ الجَزاءَ يَدُلُّ على كَمال المَشروعِ لِما شُرِع له، مَأخوذٌ مِن جَزى أي قَضى، وجَزَأَ -بالهَمز- أي كَفى.

أو لأنَّه كلُّ المَذكورِ، فيكونُ كلَّ المُوجَبِ؛ لأنَّ المَوضِعَ مَوضِعُ الحاجةِ إلى البيان، فيَكونُ الجَلدُ جَميعَ حَدِّ الزَّاني الذي هو غيرُ مَحصَنٍ، والرَّجمُ جَميعَ حَدِّ الزَّاني الذي هو مُحصَنٌ، فلو زِيد النَّفيُ على الجَلدِ والجَلدُ على الرَّجم: لكان كلُّ واحِدٍ منهما بعضَ الحَدِّ، فيكونُ زِيادةً على النَّصِّ، وإنَّها تَعدِلُ[3] النَّسخَ، فيَبطُلُ بهذا قَولُ أصحابِ الظَّواهِرِ أنَّه يُجلَدُ المُحصَنُ ثم يُرجَمُ.

وتَأويلُ قَولِه عَلَيْهِ السَّلَامُ: «الثَّيِّبُ بالثَّيِّبِ جَلدُ مِائةٍ ورَجمٌ بالحِجارة»: أي الجَلدُ في

=﴿يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾، قال: هؤلاء الآيات قبل أن تنزل سورة النور في الجلد، فنسختها هذه الآية: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٍ﴾، قال: فالسبيل الذي جعله الله عَزَّوَجَلَّ لهن الجلد والرجم، فإذا جاءت اليوم بفاحشة مبينة فإنها تخرج وترجم بالحجارة.

وقال في «الدراية» ٢/ ١٠٠: في دعوى النسخ في ذلك نظر، وقد ارتكبه الحازمي والمنذري.

(١) في (ز): وقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ.

(٢) يشير إلى الآية المنسوخة في أثر سيدنا عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٣) في (و): تدل على.

حَقِّ غيرِ المُحصَنِ، والرَّجمُ[1] في حَقِّ المُحصَنِ.

«البِكرُ بالبِكر»: أي الذي لم يَتزوَّجْ بالمَرأة التي لم تَتزوَّج.

«والثَّيِّبُ بالثَّيِّب»: أي الرَّجُلُ المُتزوِّجُ الدَّاخِلُ بالمَنكوحة المَدخولِ بها.

(الشَّيخُ والشَّيخةُ) عِبارةٌ عن الإحصان، أي المُحصِنُ والمُحصَنةُ.

النَّكالُ: العُقوبةُ المُجزِيةُ، كذا قاله الشَّيخُ الإمامُ بَدرُ الدِّينِ رَحِمَهُ اللَّهُ.

اعلَم أنَّ المَنسوخَ أنواعٌ:

نَسخُ التِّلاوةِ والحُكمِ: كصُحُف إبراهيمَ عَلَيْهِ السَّلَامُ[2].

ونَسخُ الحُكمِ دون التِّلاوةِ: كالأذى باللِّسان[3].

ونَسخُ التِّلاوةِ وبَقاءُ الحُكمِ: كقَولِه: الشَّيخُ والشَّيخةُ[4].

---

(١) في (و): والجلد.

(٢) وكذلك سائر كتب الأنبياء سوى نبينا عليه وعليهم الصلاة والسلام، فإنها نسخت تلاوة حتى صارت لا يتلوها أحد ولا يحفظها. وانظر «الفصول في الأصول» ٢/ ٢٠٦.

(٣) أي قوله تعالى في فاحشة الزنى: ﴿وَٱلَّذَانِ يَأۡتِيَـٰنِهَا مِنكُمۡ فَـَٔاذُوهُمَاۖ فَإِن تَابَا وَأَصۡلَحَا فَأَعۡرِضُواْ عَنۡهُمَآۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ تَوَّابٗا رَّحِيمًا﴾.

روى القاسم بن سلام في «الناسخ والمنسوخ» (٢٣٩) عن ابن عباس في هذه الآية في قوله: ﴿وَٱلَّذَانِ يَأۡتِيَـٰنِهَا مِنكُمۡ فَـَٔاذُوهُمَاۖ﴾، قال: كانت المرأة إذا زنت حبست في البيت حتى تموت، وكان الرجل إذا زنى أوذي بالتعيير والضرب بالنعال، قال: ثم أنزل الله عَزَّوَجَلَّ: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجۡلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا مِاْئَةَ جَلۡدَةٖۖ﴾، قال: وإن كانا محصنين رجما بسنة رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قال: فهو سبيلهما الذي جعل الله عَزَّوَجَلَّ لهما، يعني قوله: ﴿يَتَوَفَّىٰهُنَّ ٱلۡمَوۡتُ أَوۡ يَجۡعَلَ ٱللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلٗا﴾.

(٤) آية الرجم هي: (الشيخ والشيخة فارجموهما ألبتة نكالا من الله والله عزيز حكيم). =

ونَسخُ وَصفٍ في الحُكم: مثلَ زِيادةِ النَّفيِ على الجَلدِ(١).

قَولُه: «قد جَعَل اللهُ لهُنَّ سبيلًا»: بَيانٌ لِما أُجمِل في قَوله: ﴿أَوۡ يَجۡعَلَ ٱللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلٗا﴾ [النِّساء:١٥].

وقال الشافعي: النَّفيُ حَدٌّ بالحَديث(٢).

وعندنا: ليس بحَدٍّ، إلا أن يَرى الإمامُ ذلك مَصلحةً، فيُغَرِّبُه بقَدر ما يَرى؛ لأن النبيَّ عَلَيۡهِ ٱلسَّلَامُ نَفى هِيتَ المُخَنَّثَ عن مَكّةَ(٣)، وغَرَّب عمرُ رَضِيَٱللَّهُعَنۡهُ نَصْرَ بنَ

= روى مسلم (١٦٩١) عن عبد الله بن عباس قال: قال عمر بن الخطاب وهو جالس على منبر رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ: إن الله قد بعث محمدًا صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ بالحق، وأنزل عليه الكتاب، فكان مما أنزل عليه آية الرجم، قرأناها ووعيناها وعقلناها، فرجم رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ، ورجمنا بعده، فأخشى إن طال بالناس زمان أن يقول قائل: ما نجد الرجم في كتاب الله، فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله، وإن الرجم في كتاب الله حق على من زنى إذا أحصن من الرجال والنساء، إذا قامت البينة، أو كان الحبل، أو الاعتراف.

وانظر «الناسخ والمنسوخ» للنحاس ص٦١.

(١) وهو ما تقدم في المتن.

(٢) أي حديث مسلم المار آنفًا.

(٣) روى البخاري (٤٣٢٤) عن الحميدي: سمع سفيان حدثنا هشام عن أبيه عن زينب بنت أبي سلمة عن أمها أم سلمة رَضِيَٱللَّهُعَنۡهَا: دخل علي النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ وعندي مخنث، فسمعته يقول لعبد الله بن أبي أمية: يا عبد الله! أرأيت إن فتح الله عليكم الطائف غدًا، فعليك بابنة غيلان، فإنها تقبل بأربع، وتدبر بثمان، وقال النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ: «لا يدخلن هؤلاء عليكن»، قال ابن عيينة: وقال ابن جريج: المخنث: هيت، حدثنا محمود، حدثنا أبو أسامة، عن هشام بهذا، وزاد: وهو محاصر الطائف يومئذ.

وقال في «التلخيص الحبير» ٤/ ١١٠: قوله: ورد الخبر بنفي المخنثين: البخاري (٥٨٨٦) عن ابن عباس: لعن النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ المخنثين من الرجال والمترجلات من النساء، وقال:=

الحَجّاج إلى البَصرة[1].

قَولُه: (بالحَديث) أراد به قَولَه عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ: «البِكرُ بالبِكر جَلدُ مائةٍ وتَغريبُ عامٍ»؛ لأنَّ المُرادَ من التَّغريب تَبعيدَه[2] ونَفيَه عن البَلدة.

إلا أنّا نَقولُ: إنَّ الجَمعَ بين الجَلدِ والنَّفيِ كان في الابتِداء، ثم نُسِخ بنُزول سُورةِ النُّورِ[3]، أو المُرادُ بالتَّغريب: الحَبسُ على سَبيل التَّعزيرِ.

=«أخرجوهم من بيوتكم»، قال: فأخرج النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فلانًا، وأخرج فلانة، ورواه البيهقي (هي عند البخاري في الحديث المار إلا أن فيها فلانًا بدل مخنثًا) وزاد (١٦٩٨٥): وأخرج عمر مخنثًا، وفي رواية له (١٦٩٨٦): وأخرج أبو بكر آخر.

ولأبي داود (٤٩٢٨) عن أبي هريرة: أُتي رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بمخنث قد خضب يديه ورجليه بالحناء، فقال: «ما بال هذا؟»، فقيل: يا رسول الله! يتشبه بالنساء، فأمر به فنفي إلى البقيع... الحديث، وروى البيهقي (١٦٩٨٣) من حديث محمد بن إسحاق بسنده: كان المخنثون على عهد رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ثلاثة: ماتع، وهدم، وهيت، وكان ماتع لفاختة بنت عمرو بن عائد، فمنعه النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ من الدخول على نسائه، ومن الدخول إلى المدينة، ثم أذن له في يوم الجمعة يسأل ثم يذهب، ونفى معه صاحبه هدم والآخر هيت.

(١) انظر الخبر في «اعتلال القلوب» للخرائطي (٨٢٦)، و«حلية الأولياء» ٤/ ٣٢٢، و«تاريخ دمشق» ٦٢/ ٢١، و«تاريخ المدينة» ٢/ ٧٦٢، و«طبقات» ابن سعد ٣/ ٢٨٥.

(٢) في (و): تعذيبه.

(٣) روى القاسم بن سلام في «الناسخ والمنسوخ» (٢٣٨) عن ابن عباس في قوله عَزَّوَجَلَّ: ﴿وَٱلَّٰتِي يَأۡتِينَ ٱلۡفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمۡ فَٱسۡتَشۡهِدُواْ عَلَيۡهِنَّ أَرۡبَعَةٗ مِّنكُمۡۖ فَإِن شَهِدُواْ فَأَمۡسِكُوهُنَّ فِي ٱلۡبُيُوتِ حَتَّىٰ يَتَوَفَّىٰهُنَّ ٱلۡمَوۡتُ أَوۡ يَجۡعَلَ ٱللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلٗا﴾، قال: وقال في المطلقات: ﴿لَا تُخۡرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخۡرُجۡنَ إِلَّآ أَن يَأۡتِينَ بِفَٰحِشَةٖ مُّبَيِّنَةٖۚ﴾، قال: هؤلاء الآيات قبل أن تنزل سورة النور في الجلد، فنسختها هذه الآية: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجۡلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا مِاْئَةَ جَلۡدَةٖۖ﴾، قال: فالسبيل الذي جعله الله عَزَّوَجَلَّ=

قيل: في تأويل قوله تعالى: ﴿أَوْ يُنفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾ [المائدة:٣٣] إنّه الحَبسُ[١]، قال القائلُ[٢]:

ومن يَكُ أمسى بالمَدينة رَحلُهُ فإني وقَيّارُ[٣] بها لَغريبُ[٤]

=نهن الجلد والرجم، فإذا جاءت اليوم بفاحشة مبينة فإنها تخرج وترجم بالحجارة.

(١) عزا الجصاص في «أحكام القرآن» ٤/ ٥٨ هذا التفسير لإبراهيم النخعي في إحدى الروايتين عنه.

(٢) هو ضابئ بن الحارث البرجمي، وهو من قصيدة من الطويل قالها وهو محبوس في المدينة المنورة في زمن عثمان بن عفان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. «معاهد التنصيص على شواهد التلخيص» ١/ ١٨٦. وانظر «الشعر والشعراء» ١/ ٣٣٩.

(٣) كذا في الأصول، وروي بالرفع والنصب، ووجه الجوهري الرفع في «الصحاح» ٢/ ٨٠١ على أنه رفع على الموضع. وممن رواه بالنصب: سيبويه في «الكتاب» ١/ ٧٥، لكن ذكره السيرافي في «شرح أبيات سيبويه» ١/ ٢٤٤ بالرفع وقال: الشاهد فيه أنه رفع (قيار) ولم يعطفه على (إن)، وهو على التأخير، كأنه قال: فإني لغريب بها وقيار، فعطفه على الموضع.

وقال الفراهيدي في «الجمل في النحو» ص١٥٤: وقد نصبه قوم وهو أجود، وإنما رفعه لأنه توهم أنه اسم جاء بعد الخبر، على قوله: إني لغريب وقيار بها، ولو قلت: إن زيدًا وعبد الله منطلقان لكان لحنًا، وإنما جاز في الأول لأنه توهم أنه اسم جاء بعد خبر مرفوع، وعلى هذا تقرأ هذه الآية في المائدة: ﴿إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَالَّذِينَ هَادُوا وَالصَّابِئُونَ﴾.

(٤) قيار: اسم جمل ضابئ بن الحارث. «الصحاح» ٢/ ٨٠١.

قال في «تاج العروس» ١٣/ ٥٠٠: يقول: من كان بالمدينة بيته ومنزله فلست منها ولا لي بها منزل. وكان عثمان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ حبسه لفرية افتراها، وذلك أنه استعار كلبًا من بعض بني نهشل يقال له: قرحان، فطال مكثه عنده، وطلبوه فامتنع عليهم، فعرضوا له وأخذوه منه، فغضب فرمى أمهم بالكلب، وله في ذلك شعر معروف، فاعتقله عثمان في حبسه، إلى أن مات عثمان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وكان همّ لقتل عثمان لما أمر بحبسه، ولهذا يقول:

هممت ولم أفعل وكدت وليتني تركت على عثمان تبكي حلائلهْ

أي مَحبوسٌ[1].

ونحنُ نَقولُ: يُحبَسُ بِطَريق التَّعزيرِ حتى تَظهَرَ تَوبَتُه.

وإن ثَبَت النَّفيُ عن أحدٍ فذلك بطَريق المَصلَحةِ لا بطَريق الحَدِّ، كما نَفى عمرُ رَضِيَ اللهُ عَنهُ نصرَ بنَ الحَجّاجِ من المَدينة، حين سَمِع قائلةً تَقولُ[2]:

هل من سَــبيلٍ إلى خَمرٍ فأشْــرَبَها! أو هل سَــبيلٌ إلى نَصر بنِ حَجّاجِ[3]!

ونَصرُ بنُ حَجّاجٍ كان رَجُلًا ذا جَمالٍ يُفتَن به النِّساءُ، والجَمالُ لا يُوجِبُ النَّفيَ، ولكن فَعَل ذلك للمَصلحة، فإنه قال: ما ذَنبي يا أميرَ المُؤمِنين؟! قال: لا ذَنبَ لك، وإنَّما الذَّنبُ لي؛ حيث لا أُطهِّرُ دارَ الهِجرةِ عنكَ[4]، كذا في «المَبسوط» وغيرِه.

ولو زَنى المَريضُ وحَدُّه الرَّجمُ: رُجِم في الحال؛ لأنه للإهلاك.

وإن كان حَدُّه الجَلدَ: لم يُجلَد حتى يَبرأ؛ لأنه للتَّأديب، والجَلدُ في المَرض ربما يكون إهلاكًا.

وإذا زَنت الحامِل: لم تُحَدَّ حتى تَضَعَ الحَمْلَ؛ لأن في ذلك إضرارًا بالوَلد الذي لم يَجْنِ.

---

(١) بدليل تاليه من الأبيات كما في «الأصمعيات» ص١٨٤:

فـلا تجزعن قيـار من حبـس ليلة قضيــة مــا يقضــى لنــا فنؤوب

(٢) هي الفريعة بنت همام أم الحجاج بن يوسف الثقفي، كما في «غريب الحديث» لابن الجوزي ٢/ ٣٧٥، و«النهاية» لابن الأثير ٤/ ٣٦٧.

وقيل: هي جدة الحجاج لا أمه، كما في «الأوائل» للعسكري ص١٥٤، و«التذكرة الحمدونية» ٧/ ١٧٨.

(٣) تقدم تخريجه في المتن.

(٤) لم أقف عليه في المصادر التي خرجت قصته منها، ولا في غيرها مما بين يدي.

فإن كان حَدُّها الجَلدَ: تُرِكت حتى تَتعالى من نِفاسِها؛ لئلا يَصيرَ الجَلدُ مُهلِكًا.

وإن كان الحَدُّ هو الرَّجمَ: تُرجَمُ في الحال؛ لأنه لا فائِدةَ في الانتظار.

يَتعالى: أي يَرتِفعُ به، يُريدُ به تَخرُجُ منه، وهذا لأنَّ النُّفَساءَ في حُكم المَريضةِ؛ لأنَّ دُرورَ الدَّمِ يُضنيها، والحُدودُ فيما دون النَّفسِ لا تُقام حالةَ المَرَضِ؛ لأنَّه إذا انضَمَّ أَلَمُ الجَلدِ إلى أَلَمِ المَرَضِ ربَّما يُؤدِّي إلى الإتلاف(١)، وهو غيرُ مُستَحَقٍّ، فيُؤَخَّرُ إلى زَمان البُرءِ.

فالحاصِلُ: أنَّ حَدَّ الزِّنى كان في الابتِداء: الأذى باللِّسان(٢)، ثم انتَسَخ بالحَبس في البُيوت(٣)، ثم انتَسَخ الحَبسُ بقَوله عَلَيهِ السَّلَامُ: «خُذوا عنّي...» الحَديثَ(٤)، ثم انتَسَخ ذلك بقَوله تعالى: ﴿فَٱجۡلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا مِاْئَةَ جَلۡدَةٖ﴾ [النور:٢]، ثم انتَسَخ بالرَّجم في حَقِّ المُحصَنِ(٥)، وبَقِي في حَقِّ غيرِ المُحصَنِ مَعمولًا به، واستَقَرَّ عليه، كذا في «المَبسوط» وغيرِه.

---

(١) في (هـ): الإهلاك.

(٢) كما قال تعالى: ﴿وَٱلَّذَانِ يَأۡتِيَٰنِهَا مِنكُمۡ فَـَٔاذُوهُمَاۖ﴾.

(٣) بقوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰتِي يَأۡتِينَ ٱلۡفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمۡ فَٱسۡتَشۡهِدُواْ عَلَيۡهِنَّ أَرۡبَعَةٗ مِّنكُمۡۖ فَإِن شَهِدُواْ فَأَمۡسِكُوهُنَّ فِي ٱلۡبُيُوتِ حَتَّىٰ يَتَوَفَّىٰهُنَّ ٱلۡمَوۡتُ أَوۡ يَجۡعَلَ ٱللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلٗا﴾.

(٤) تقدم تخريجه في المتن.

(٥) أي بحديث ماعز وغيره كما قال المصنف في «الكافي» ٥/ ١٨٩.

قال في «الدراية» ٢/ ١٠٠: في دعوى النسخ في ذلك نظر، وقد ارتكبه الحازمي والمنذري.

وانظر «شرح مسلم» للنووي ١١/١٨٩، و«عمدة القاري» ٨/ ١٣٣، و«إرشاد الساري» ٤/ ٤٢٠.

فصلٌ

﴿في بيان الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه وغير ذلك﴾

فصلٌ

الأَصلُ: أنَّ كلَّ حَدٍّ هو مَحضُ حَقِّ اللهِ تعالى كالزِّنى والسَّرِقةِ وشُربِ الخَمرِ: يَبطُلُ بالتَّقادُمِ؛ لأنَّ الشاهِدَ مُخيَّرٌ في الابتِداء بين حِسبَتَينِ[1]، حِسبةِ السَّترِ، وحِسبةِ أداءِ الشَّهادةِ، فلَمّا أخَّر الشَّهادةَ: عَرَفنا أنَّه مال إلى السَّتر، ثم هيَّجَته الضَّغينةُ وحَرَّكَته العَداوةُ على أن يَترُكَ السَّترَ، ويَشهَدَ عليه، فلا تكونُ هذه الشَّهادةُ بطَريق الحِسبةِ.

بخِلاف الإقرارِ؛ فإنَّ مَعنى الضَّغينةِ لا يَتحَقَّقُ في الإقرار بعد التَّقادُمِ؛ لأنَّ الإنسانَ لا يُعادي نَفسَه على وَجهٍ يَحمِلُه ذلك على الإقرار.

بخِلاف حَدِّ القَذفِ؛ لأنَّ الدَّعوى فيه شَرطٌ، فيُحمَل تَأخيرُهم على انعِدام الدَّعوى، ولأنَّ فيه حَقَّ العَبدِ.

ثم قيل: حَدُّ التَّقادُمِ سَنةٌ، وقيل: سِتّةُ أشهُرٍ.

وإذا شَهِد الشُّهودُ بحَدٍّ مُتَقادِمٍ لم يَقطَعهُم عن إقامَته بُعدُهم عن الإمام: لم تُقبَل

(١) الحسبة بالكسر: الأجر، واسم من الاحتساب. «الكليات» ص٥٧.

شهادتُهم إلا في حَدّ القَذفِ خاصّةً؛ لقول عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أيّما شُهودٍ شَهِدوا بحَدٍّ لم يَشهدوا عند حَضرَته: فإنما هم شُهودُ ضِغْنٍ، ولا شهادةَ لهم[1].

إلا في حدّ القَذف؛ لأنه لا تَصِحُّ الشَّهادةُ به إلا بعد الدَّعوى.

قَولُه: (ولا شَهادةَ لهم) من تتمة الحَديثِ، عُرِف بإشارة «المَبسوطِ».

ومَن وَطِئ أجنبيّةً فيما دون الفَرْج: عُزِّر؛ لأنه يُحتاجُ إلى تَقويمه.

قَولُه: (ومن وَطِئ أجنبيّةً فيما دون الفَرجِ) بأن فَخَّذَها[2].

(عُزِّر) لأنّه قد ارتكَب جَريمةً ليس فيها حَدٌّ مُقدَّرٌ، فيُعزَّرُ؛ ليَحصُلَ تَقويمُه وتَأديبُه.

والتَّعزيرُ: تَأديبٌ دون الحَدّ.

ولا حَدَّ على من وَطِئ جاريةَ ولَدِه ووَلَدِ ولَدِه، وإن قال: (عَلِمتُ أنها عليّ حَرامٌ)؛ لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «أنتَ ومالُك لأَبيك»[3]، فهذه الإضافةُ أورَثت شُبهةً دارِئةً للحَدّ.

وإذا وَطِئ جارِيةَ أبيه، أو أُمِّه، أو زَوجتِه، أو وَطِئ العَبدُ جاريةَ مَولاه، فقال: (عَلِمتُ أنها عليّ حَرامٌ): حُدَّ؛ لأنه لا شُبهةَ في المَحَلّ.

(١) رواه الإمام محمد في «الأصل» ٧/ ٢٢٩، وعبد الرزاق (١٣٧٦٠).

(٢) التفخذ والتفخيذ: منه: فَخَّذ المرأة وتفخذها: وهو المباشرة باستعمال الذكر في فخذ المرأة لا في فرجها. «التعريفات الفقهية» ص٥٩.

وفي (و): وطئ فخذها.

(٣) رواه الإمام أحمد (٦٩٠٢)، وأبو داود (٣٥٣٠)، وابن ماجه (٢٢٩١).

وإن قال: (ظَنَنتُ أنها تَحِلُّ لي): لم يُحَدَّ؛ لوُجود سَببِ الاشتِباه.

قَولُه: (ولا حَدَّ على من وَطِئ جاريةَ وَلَدِه...) إلى آخِره: الأصلُ في هذا البابِ[1]: أنَّ الزِّنى المَوجِبَ للحَدِّ: وَطءُ الرَّجُلِ المَرأةَ في غير المِلكِ وشُبهةِ المِلكِ؛ لأنَّ الحُدودَ تَندَرِئُ بالشُّبُهات بالحَديث[2].

والشُّبهةُ نَوعان:

شُبهةٌ في الفِعل: وهو أن يَظُنَّ غيرَ دَليلِ الحِلِّ دليلًا.

---

(١) مثبتة من (ز).

(٢) قال الحافظ في «موافقة الخبر الخبر» ١/ ٤٤٧: رواه أبو أحمد بن عدي في جزء خرجه من حديث أهل مصر والجزيرة من رواية ابن لهيعة عن يزيد بن حبيب عن عكرمة عن ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «ادرؤوا الحدود بالشبهات، وأقيلوا الكرام عثراتهم إلا في حد». انتهى.

وقال في «نصب الراية» ٣/ ٣٣٣ عن الحديث المذكور: غريب بهذا اللفظ، وذُكر أنه في «الخلافيات» للبيهقي عن علي، وفي «مسند أبي حنيفة» عن ابن عباس، وأخرج ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٢٨٤٩٣) حدثنا هشيم عن منصور عن الحارث عن إبراهيم قال: قال عمر بن الخطاب: لأن أعطل الحدود بالشبهات، أحب إلي من أن أقيمها بالشبهات. انتهى، حدثنا عبد السلام عن إسحاق بن أبي فروة عن عمرو بن شعيب عن أبيه: أن معاذًا وعبد الله بن مسعود وعقبة بن عامر قالوا: إذا اشتبه عليك الحد فادرأه. انتهى. وأخرج عن الزهري قال: ادفعوا الحدود بكل شبهة. انتهى، وأخرج الدارقطني في «سننه» حديث عمرو بن شعيب، وهو معلول بإسحاق بن أبي فروة، فإنه متروك. انتهى.

وقال في «التلخيص الحبير» ٤/ ١٠٤: الترمذي والحاكم والبيهقي من طريق الزهري عن عروة عن عائشة بلفظ: «ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة». انتهى.

وشُبهةٌ في المَحلِّ: وهذه إنَّما تكونُ بوُجود الدَّليلِ[1] الدَّالِّ على الحِلِّ، لكنَّه امتَنَع عملُه لمانعٍ.

وهذه تُسقِطُ الحَدَّ، سَواءٌ عَلِم بالحُرمة أو لم يَعلَم، كوَطء جَاريةِ الابنِ؛ لأنَّ قَولَه عَلَيْهِ السَّلَامُ: «أنتَ ومالُكَ لأبيكَ»[2]، أَورَث شُبهةً في المَحَلِّ؛ لأنَّ حَقيقتَه تقتَضي ثُبوتَ المِلكِ للأب، إلا أنَّه تُرِكت حَقيقتُه بالإجماع، فتَمكَّن الشُّبهةُ؛ لأنَّ الشُّبهةَ دَلالةُ الدَّليلِ مع تَخلُّف المَدلولِ.

والشُّبهةُ في الفِعل تُسقِطُ الحَدَّ إذا ادَّعى الحِلَّ، وإلا فلا، كوَطء جاريةَ أبيه وأمِّه وزَوجَته؛ لأنه لا شُبهةَ في المَحلِّ، إلا أنَّ بين هؤلاء انبِساطًا في المال، فظَنَّه في الاستِمتاع، فهذا يُورِثُ الشُّبهةَ في فِعله، وقد تأيَّد بالظَّنِّ[3]، فيَسقُطُ الحَدُّ.

ومَن وَطِئ جاريةَ أَخيه أو عَمِّه وقال: (ظَننتُ أنها عليَّ حَلالٌ): حُدَّ؛ لأنه ليس موضِعَ الاشتِباه.

قَولُه: (لأنَه ليس مَوضِعُ الاشتِباه) لأنَّه لا بُسوطةَ في المال عادةً، ولهذا تُقبَل شَهادةُ أحدِهما على الآخَر.

ومَن زُفَّت إليه غيرُ امرَأته، وقالت النِّساء: إنها زَوجَتُك، فوَطِئها: فلا حَدَّ عليه؛ لأنه مَوضِعُ الاشتِباه، وعليه المَهرُ.

قَولُه: (لأنَه مَوضِعُ الاشتِباه) لأنَّ خَبرَ النِّساءِ أنَّها امرَأتُه دَليلٌ يُورِثُ الشُّبهةَ؛ لأنَّ

---

(١) في (هـ): الدلائل.

(٢) رواه الإمام أحمد (٦٩٠٢)، وأبو داود (٣٥٣٠)، وابن ماجه (٢٢٩١).

(٣) في (و): بالنص.

خَبَرَ الواحِدُ يَجوزُ قَبولُه في أمور الدِّين والمُعامَلات.

كما إذا جاءت أمةٌ وقالت: (إنَّ مَولايَ بَعثَني إليك هَديةً) ووَقَع في قَلبك أنَّها صادِقةٌ: يَحِلُّ لك أن تَطَأَها.

قَولُه: (وعليه المَهرُ) أي مَهرُ المِثلِ، كذا قَضى عَليٌّ رَضِيَ اللهُ عَنهُ(1).

ورُوِي أنَّ أبا حنيفةَ رَحِمَهُ اللهُ سُئِل عن أخوَين تَزوَّجا أُختَينِ، فزُفَّت امرأةُ كلِّ واحِدٍ منهما إلى زَوجِ أختِها، فلم يَعلَموا بذلك حتى أَصبَحوا، فذُكِر ذلك لأبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللهُ فقال: ليُطلِّق كلُّ واحِدٍ منهما امرَأتَه تَطليقةً، ثم يَتزوَّج كلُّ واحِدٍ منهما

---

(1) روى عبد الرزاق (١٠٧١٥) عن صالح بن أبي سليمان عن علي بن أبي طالب: أن رجلًا كن له خمس بنات، فزوج إحداهن رجلًا، فزفت إليه أختها، فقال علي: لها الصداق بما استحل من فرجها، وعلى أبيها صداق هذه لزوجها، وعليه أن يزفها إليه، وإن كان أتاها متعمدًا فعليه الحد.

وروى مثله عن ابن عباس رَضِيَ اللهُ عَنهُما (١٠٧١٢).

وروى ابن أبي شيبة (١٧١٩٨) والبيهقي (١٥٥٤٠) واللفظ للأول: عن مسروق قال: قضى عمر في امرأة تزوجت في عدتها أن يفرق بينهما ما عاشا، ويجعل صداقها في بيت المال، وقال: كان نكاحها حرامًا فصداقها حرام، وقضى فيها علي أن يفرق بينهما، وتُوفِي عدة ما بقي من الزوج الأول، ثم تعتد ثلاثة قروء، ولها الصداق بما استحل من فرجها، ثم إن شاء خطبها بعد ذلك.

وروى الإمام محمد في «موطئه» (٥٤٦) قال: رجع عمر بن الخطاب في التي تتزوج في عدتها إلى قول علي بن أبي طالب، وذلك أن عمر قال: إذا دخل بها فرق بينهما ولم يجتمعا أبدًا، وأخذ صداقها، فجعل في بيت المال، فقال علي كرم الله وجهه: لها صداقها بما استحل من فرجها، فإذا انقضت عدتها من الأول تزوجها الآخر إن شاء، فرجع عمر إلى قول علي بن أبي طالب رَضِيَ اللهُ عَنهُما، قال محمد: وبهذا نأخذ، وهو قول أبي حنيفة، والعامة من فقهائنا.

وروى سعيد بن منصور (٦٩٧) عن مسروق: أن عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنهُ: رجع عن قوله في الصداق، وجعله لها بما استحل من فرجها.

المَرأةَ التي دَخَل بها[1].

ومن وَجَد امرأةً على فِراشه فوَطِئَها: فعليه الحَدُّ؛ لأنه ليس مَوضِعَ الاشتِباهِ إذا لم تكن زُفَّت إليه.

قَولُه: (لأنَّه ليس مَوضِعَ الاشتِباه إذا لم تكن زُفَّت إليه) يعني أنَّها إذا زُفَّت إليه فهو مَوضِعُ الاشتِباه؛ لأنَّ الإنسانَ لا يُميِّزُ بين امرَأتِه وبين غيرِها في أوَّل الوَهلةِ، فأمّا إذا لم تُزَفَّ إليه -وقد طالَت الصُّحبةُ بينه وبين امرأتِه-: فلا يَشتَبِهُ عليه.

ومَن تزَوَّج امرأةً لا يَحِلُّ له نكاحُها فوَطِئها: لم يَجِب عليه الحَدُّ عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن النِّكاحَ مُبيحٌ، فأورَث شُبهة الإباحة[2].

وعندهما: يَجِبُ الحَدّ؛ لأن النِّكاحَ عُدِم؛ لأنه لم يُضَف إلى مَحلِّه فيَلغو.

قَولُه: (لا حَدَّ عليه عند أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ) يعني سَواءٌ عَلِم بذلك أو لم يَعلَم، لكنّه يُوجَعُ عَقوبةً إذا عَلِم بذلك.

وعندهما: إن كان عالِمًا بذلك: فعلَيه الحَدُّ؛ لأنَّ هذا العَقدَ لم يُصادِف مَحلَّه،

---

(١) ذكر المصنف رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ هذه القصة في «الكافي» بأبسط من هذا، فقال ٥/ ٢١٩: وسُئِل أبو حنيفةَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ عن أخوين تَزوَّجا أُختَين، فزُفَّت امرَأةُ كلِّ واحِدٍ منهما إلى زَوج أُختِها، فقال: لِيُطلِّق كلٌّ زَوجتَه، ثم يَتزوَّجْ من وَطِئها، وقال سُفيانُ الثَّوريُّ: على كلِّ واحِدٍ منهما المهرُ، وعلى كلِّ واحِدةٍ العِدّةُ، فإذا مَضَت عِدّتُها دَخَل بها زوجُها.

فقال أبو حنيفةَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ: ما قُلتُ أحسَنُ؛ أرَأيتَ لو صَبَر كلٌّ منهما حتى تَمضيَ العِدّةُ.. أمَا كان يَبقى في قَلب كلِّ واحِدٍ منهما شيءٌ لدُخول أخِيه بامرَأته، ولكن إذا طَلَّق زَوجتَه قبلَ الدُّخولِ والخَلوةِ لا تَجِبُ العِدّةُ، وعِدّتُه لا تَمنعُ نِكاحَه، ولم يَبقَ في قَلب واحِدٍ منهما شيءٌ.

(٢) سقطت من (ب).

فيَلغو؛ لأنَّ مَحَلَّ[1] النّكاحِ ما يكونُ مَحَلًّا لحُكمِه، وحُكمُه الحِلُّ[2]، وهذه مُحرَّمةٌ على التَّأبيدِ، فلا يكونُ مَحَلًّا للحِلِّ، فلا يَنعقِدُ العَقدُ، كالبَيع المُضافِ إلى المَيتة[3] والدَّمِ.

قَولُه: (لأنَّ النّكاحَ مُبيحٌ) أي النّكاحُ في نَفسه مُبيحٌ، إذا صادَف مَحلَّه، وهذا العَقدُ مُضافٌ إلى مَحلِّه في الجُملة؛ لأنَّ المَرأةَ بصِفة الأُنوثةِ محَلٌّ للنّكاح، لكنّه امتَنَع ثُبوتُ حُكمِه في حَقِّه لِمَا بينَ الحِلِّ والحُرمةِ من المُنافاة، فتُورِثُ الشُّبهةَ؛ لأنَّ الشُّبهةَ ما يُشبِهُ الثَّابِتَ وليس بثابِتٍ.

ومن أتى امرأةً في المَوضِع المَكروه، أو عَمِل عَمَلَ قَومِ لُوطٍ: فلا حَدَّ عليه عند أبي حنيفةَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ، ويُعَزَّر.

قَولُه: (ومن أَتى امرأةً في المَوضِع المَكروه) أراد بها الأجنبيّةَ[4]، فقد ذَكَر في «المَبسوط»: ومن أَتى امرأةً أجنبيّةً في دُبُرها، وذَكَر الخِلافَ، وذَكَر في «الفَتاوى الظَّهيريّةِ» مثلَه.

وفي «رَوضة» الزَّنْدَوِسْتِيِّ: أنَّ الخِلافَ في الغُلام، أمّا لو أَتى امرأةً في المَوضِع المَكروهِ منها: يُحَدُّ بلا خِلافٍ، ولو فَعَل هذا بَعبده، أو أَمتِه، أو مَنكوحَتِه: لا يُحَدُّ بلا خِلافٍ.

وعند أبي يوسف ومحمد رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ: هو كالزِّنى ويُحَدُّ، وهو قولُ عليٍّ

(١) سقطت من (و).

(٢) في (و): المحل.

(٣) في (هـ): الحر.

(٤) في حاشية (هـ): أما إذا كانت امرأته لا يجب التعزير بالإجماع. (صح).

رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ[1]؛ لأن الدَّاعيَ مَوجودٌ.

(وعندهما: هو كالزِّنى) أي يُرجَمانِ إن كانا مُحصنَين، ويُجلَدانِ إن كانا غيرَ مُحصَنَين.

لهما: أنَّ الزِّنى قَضاءُ الشَّهوةِ بسَفح الماءِ في مَحَلٍّ مُحترَمٍ مُشتَهًى، وقد وُجِد هذا في اللِّواطة وزِيادةٌ[2]، فيَجِبُ الحَدُّ بدَلالة النَّصِّ.

وهذا لأنَّ المَحَلَّ إنَّما يَصيرُ مُشتَهًى طَبعًا؛ لمَعنى الحَرارةِ، واللِّينِ، ودَعوةِ الطِّباعِ، وذلك لا يَختَلِفُ بالقُبُلِ والدُّبُرِ.

وإلى هذا أشار بقَولِه: (لأنَّ الداعِيَ مَوجودٌ) وتمَحُّضُ الحُرمةِ ههنا أبينُ؛ لأنَّ تلك الحُرمةَ تَنكَشِفُ بكاشِفٍ، ولا كذلك هذه.

ومَعنى سَفحِ الماءِ هنا أبلَغُ: لأنه يُتوَهَّمُ أن يكونَ ذلك الفِعلُ حَرْثًا لولَدٍ يَعبُدُ اللهَ تعالى، ولا تَوهُّمَ لذلك هنا.

والجَوابُ عن هذا: أنَّ الكامِلَ أصلٌ في كلِّ بابٍ، خُصوصًا في الحُدود، والزِّنى كامِلٌ بحاله؛ لأنّه غالِبُ الوُجودِ بالشَّهوة الدَّاعيةِ من الطَّرَفَين، فأمّا على هذا الفِعلِ فقاصِرٌ بحاله؛ لأنَّ الدَّاعِيَ إليه شَهوةُ الفاعِلِ، فأمّا صاحِبُه فليس في طَبعه داعٍ إليه، فيَفسُدُ الاستِدلالُ بالكامِلِ على القاصِرِ في حُكمٍ يَندَرِئُ بالشُّبُهات.

---

(١) روى عبد الرزاق (١٣٤٨٨) عن الثوري عن ابن أبي ليلى رفعه إلى علي: أنه رجم في اللوطية. وروى ابن أبي شيبة (٢٨٣٣٩) عن يزيد بن قيس: أن عليًا رجم لوطيًا.

(٢) سقطت من (و).

فإن قيل: إنّه زِنًى لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «إذا أَتى الرَّجُلُ الرَّجُلَ فهما زانيان»[1].

قيل: ذلك مَجازٌ، بدَليل أنّه يُنفَى عنه هذا الاسمُ، فيقال: لاطَ وما زَنى، وكذلك أهلُ اللُّغةِ فَصَلوا بينهما، فقال القائِلُ[2]:

مِن كَفِّ ذاتِ حِرٍ في زِيِّ ذي ذَكَرٍ   لها مُحِبّان لوطِيٌّ وزَنّاءُ[3]

ولأبي حنيفة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أنه لو كان زِنًى حَقيقةً لَمَا اختَلَفوا فيه[4].

(١) رواه البيهقي (١٧٠٣٣)، والآجري في «ذم اللواط» (١٦).

(٢) في (و): أبو نواس. وهوله فعلًا، والبيت في «ديوانه» ص٧٤.

(٣) هذا البيت في وصف الخمر، والحِر: الفرج، أي يشرب الخمر من كف امرأة في زي ذكر.

(٤) قال في «الكافي» ٥/ ٢٢٥: فعن الصِّدِّيق رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: يُحرَّقان بالنّار.

وعن الْمُرتَضى رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: يُجلَدان، أو يُرجَمان.

وعن ابن عبّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: يُنكَّسان من أعلى الْمَواضِعِ، ويُتبَعان بالحِجارة.

وعن ابن الزُّبَيرِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: يُحبَسان في أنتَن الْمَواضِعِ حتى يَموتا نَتْنًا.

وعن بَعضهم: يُهدَمُ عليهما جِدارٌ.

ولا يُظَنُّ بهم الاجتِهادُ في مَوضِعِ النَّصِّ، فكان هذا اتِّفاقًا منهم على أنها ليست بزِنًى، ولا يُمكِنُ إيجابُ حدِّ الزِّنى بغَير الزِّنى. انتهى.

قلت: أثر الصديق: روى البيهقي (١٧٠٢٨) عن صفوان بن سليم: أن خالد بن الوليد كتب إلى أبي بكر الصديق رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا في خلافته يذكر له أنه وجد رجلًا في بعض نواحي العرب ينكح كما تنكح المرأة، وأن أبا بكر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ جمع الناس من أصحاب رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فسألهم عن ذلك، فكان من أشدهم يومئذ قولًا علي بن أبي طالب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قال: إن هذا ذنب لم تعص به أمة من الأمم إلا أمة واحدة، صنع الله بها ما قد علمتم، نرى أن نحرقه بالنار، فاجتمع رأي أصحاب رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ على أن يحرقه بالنار، فكتب أبو بكر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إلى خالد بن الوليد يأمره أن يحرقه بالنار. هذا مرسل، وروي من وجه آخر عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في غير هذه=

قَولُه: (لو كان زِنًى حَقيقةً لَمَا اختَلَفوا فيه) يعني اختَلَفت الصَّحابةُ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُمْ في هذه المَسألةِ:

فعن الصِّدّيق رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ: أنَّهما يُحَرَّقان بالنّار.

وعن عليٍّ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ: كما هو مَذهبُهما.

وكان ابنُ عبّاسٍ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُمَا يقولُ: يُعلَى أَعلى الأماكنِ من القَريةِ[1]، ثم يُلقَى مَنكوسًا، ويُتبَعُ بالحِجارة، وهو قَولُه تعالى: ﴿فَجَعَلْنَا عَٰلِيَهَا سَافِلَهَا وَأَمْطَرْنَا عَلَيْهِمْ حِجَارَةً﴾ [الحِجْر:٧٤].

ولو كان زِنًى لكان مَنصوصًا، ولا نَظُنُّ بهم الاجتِهادَ في مَوضِعِ النَّصِّ، فكان هذا

=القصة، قال: يرجم ويحرق بالنار، ويذكر عن ابن أبي ليلى عن رجل من همدان: أن عليًّا رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ رجم رجلًا محصنًا في عمل قوم لوط، هكذا ذكره الثوري عنه مقيدًا بالإحصان، وهشيم رواه عن ابن أبي ليلى مطلقًا.

وأثر المرتضى تقدم تخريجه.

وأثر ابن عباس: روى ابن أبي شيبة (٢٨٣٣٧) والبيهقي (١٧٠٢٤) عن أبي نضرة قال: سئل ابن عباس: ما حد اللوطي؟ قال: ينظر أعلى بناء في القرية فيرمى به منكسًا، ثم يتبع بالحجارة.

وروى أبو داود (٤٤٦٣) وعبد الرزاق (١٣٤٩١) وابن أبي شيبة (٢٨٣٣٨) والدارقطني (٣٢٣٥) والبيهقي (١٧٠٢٣) عن ابن عباس في البكر يوجد على اللوطية قال: يرجم.

وأثر ابن الزبير: روى البيهقي (١٧٠٣٠) عن عطاء بن أبي رباح قال: شهدت ابن الزبير أتي بسبعة أخذوا في لواطة، أربعة منهم قد أحصنوا النساء، وثلاثة لم يحصنوا، فأمر بالأربعة فأخرجوا من المسجد فرضحوا بالحجارة، وأمر بالثلاثة فضربوا الحدود، وابن عمر وابن عباس في المسجد.

وأثر هدم الجدار: قال في «الدراية» ٢/ ١٠٣: لم أجده.

(١) في (هـ): القوم.

اتِّفاقًا منهم أنَّ هذا الفِعلِ غيرُ الزِّنى، ولا يُمكِنُ إيجابُ حَدِّ الزِّنى بغير الزِّنى.

ومن وَطِئ بَهيمةً: فلا حَدَّ عليه؛ لقُصور الدّاعي.

قَولُه: (لقُصور الدَّاعي) لأنَّ الطَّبعَ السَّليمَ يَنفِرُ عنه، وقَضاءُ الشَّهوةِ يَكونُ لغَلَبة الشَّبَقِ وفَرطِ السَّفَه، كما يكونُ بالكَفِّ والأَلْيَةِ.

ومن زَنى في دار الحَرب، أو في دار البَغي، ثم خَرَج إلينا: لم يُقَم عليه الحَدُّ ويُعزَّرُ؛ لأن أحكامَنا لا تَجري عليهم.

قَولُه: (لأنَّ أحكامَنا لا تَجرِي عليهم) لانقِطاع وِلايةِ الإمامِ عنهم؛ لمَنَعة أهلِ الحَربِ، وإذا انقَطَعت وِلايةُ الاستيفاءِ لقُصور يَدِه: امتَنَع الوُجوبُ؛ لأنَّ المَقصودَ منه[1] الاستيفاءُ، واللهُ أعلَمُ.

---

(١) في (هـ): منهم.

باب حدِّ الشُّرب

بابُ حَدِّ الشُّربِ

ومَن شَرِب الخَمْرَ فأُخِذ وريحُها مَوجودةٌ فيه[1]، فشَهِد الشُّهودُ بذلك عليه، أو أقَرّ: فعليه الحَدُّ؛ لإجماع الصَّحابةِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ على وُجوب الحَدّ[2]، وقال

(١) مثبتة من (ب).

(٢) قال في «التعريف والإخبار» ٣/ ٢٠١: قوله: وعدده ثمانون سوطًا في الحر بإجماع الصحابة: عن أنس أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أتي برجل قد شرب الخمر فجلده بجريدتين نحو أربعين، قال: وفعله أبو بكر، فلما كان عمر استشار الناس فقال عبد الرحمن: أخف الحدود ثمانون، فأمر به عمر. متفق عليه.

وأخرج مالك في «الموطأ» عن ثور بن زيد: أن عمر استشار في الخمر يشربها الرجل فقال له علي: أرى أن تجلده ثمانين، فإنه إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افترى، وعلى المفتري ثمانون جلدة، فجلد عمر ثمانين. وهذا منقطع، فإن ثورًا لم يلق عمر بلا خلاف، لكن وصله الحاكم من وجه آخر عن ثور عن عكرمة عن ابن عباس.

ورواه عبد الرزاق عن معمر عن أيوب عن عكرمة، لم يذكر ابن عباس.

قال حافظ العصر: وفي صحته نظر؛ لما تقدم من حديث أنس، ولا يقال: يحتمل أن يكون عبد الرحمن وعلي أشارا بذلك جميعًا؛ لما في «صحيح» مسلم عن حضين بن المنذر قال: شهدت عثمان عفان وأتى بالوليد قد صلى الصبح ركعتين، ثم قال: أزيدكم؟ فشهد عليه رجلان أحدهما حمران: أنه شرب الخمر، وشهد آخر أنه رآه يتقيأها، فقال عثمان: إنه لم يتقيأها حتى شربها، فقال:=

=يا علي! قم فاجلده، فقال علي: قم يا حسن فاجلده، فقال الحسن: وَلِّ حارّها من تولى قارّها، فكأنه وجد عليه، فقال: يا عبد الله بن جعفر قم فاجلده، فجلده علي بعد حتى بلغ أربعين، فقال: أمسك، ثم قال: جلد النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أربعين، وأبو بكر أربعين، وعمر ثمانين، وكلٌّ سنة، وهذا أحب إلي.

فلو كان هو المشير بالثمانين لما أضافها إلى عمر، ولم يعمل بها، لكن يمكن أن يقال: إنه قال لعمر باجتهاد، ثم تغير اجتهاده، ثم قال في قول الرافعي: عن علي أنه رجع عن رأيه في الجلد ثمانين، وكان يجلد في خلافته أربعين: أما رجوعه فتقدم ذكره في حديث أبي ساسان يعني حضين بن المنذر ، وأنه قال في الأربعين: وهذا أحب إلي، ولكن كان ذلك في خلافة عثمان لا في خلافته، نعم الظاهر أنه بقيت على ذلك. انتهى.

قلت: فهذا يؤثر في دعوى إجماع الصحابة، لكن لي فيه نظر؛ لما روى البخاري عن عبيد الله بن عدي بن الخيار أنه قال لعثمان : قد أكثر الناس في الوليد، فقال: سنأخذ منهم بالحق إن شاء الله، ثم دعا عليًا فأمره أن يجلده ثمانين. مختصر.

ووجه الجمع ما أخرجه الشافعي في «مسنده» وعبد الرزاق في «مصنفه» عن ابن عيينة عن عمرو بن دينار عن أبي جعفر محمد بن علي: أن علي بن أبي طالب جلد الوليد بن عقبة أربعين جلدة فى الخمر بسوط له طرفان.

وعلى هذا يكون مرجع الإشارة في حديث مسلم إلى الواقع لا إلى مجرد اسم العدد، فانتفى أن يكون رجوعًا، ويؤيده ما رواه ابن أبي شيبة: ثنا أبو خالد الأحمر عن حجاج عن عطاء بن أبي مروان عن أبيه قال: أُتي علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ برجل شرب خمرًا في رمضان، فجلده ثمانين وعزره عشرين. وأخرجه في باب آخر: ثنا أبو معاوية عن حجاج عن أبي مصعب عطاء بن أبي مروان عن أبيه: أن عليًا أتى بالنجاشي سكران من الخمر في رمضان، فتركه حتى صحا، ثم ضربه ثمانين، ثم أمر به إلى السجن، ثم أخرجه من الغد فضربه عشرين، فقال: ثمانين للخمر، وعشرين لجرأتك على الله في رمضان، وأخرجه عبد الرزاق.

وعن الثوري عن عطاء عن عطاء: أن عليًا ضرب النجاشي... إلى آخره، فكفانا مؤنة الحِجاج.=

صَلَّىٰاللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: «من شَرِب الخَمْر فاجلِدوه، فإن عاد فاجلِدوه»(١).

=انتهى.

وفيه دفع لما ذكر من الظاهر، وبيان لعمل الصحابة في التعزير على خلاف حديث أبي بردة في التعزير، وقد تقدم الكلام على ترجمة أبي خالد، وحجاج، وأما أبو معاوية: فقد روى له الجماعة، وأما عطاء بن أبي مروان فوثقه أحمد وابن معين، وأبوه اختلف في صحبته، ووثقه العجلي، وقال: تابعي مدني. وأخرجه الطحاوي من طريق أبي نعيم عن أبي مصعب عطاء بن أبي مروان به سندًا ومتنًا.

على أن للمرفوع الأول علة أخرى، وهي ما أخرجه الشيخان عن علي رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ قال: ما كنت لأقيم حدًّا على أحد فيموت فيه فأجد في نفسي منه شيئًا.. إلا صاحب الخمر، فإنه لو مات وَدَيْته، وذلك أن رسول الله ﷺ لم يَسُنه. وقال أبو داود وابن ماجه فيه: لم يسن فيه شيئًا، وإنما قلناه نحن. فكيف يكون سنة ولم يسنه؟

وقول بعض الحفاظ: معناه: لم يقدره ويوقته بلفظه ونطقه: بعيد؛ إذ يبعد مما قال عَلَيْهِٱلصَّلَاةُوَٱلسَّلَامُ: «من شرب الخمر فاجلدوه»، ثم باشر هو صَلَّىٰاللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ عددًا مخصوصًا لا يفتقر بعد ذلك أن يوقته بلفظه، كيف والصحابة رَضِيَٱللَّهُعَنْهُمْ يحتجون بما فعلوه وهو حي، كما في غير حديث: كنا نفعل في عهد رسول الله صَلَّىٰاللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ.

ومن المؤيدات ما رواه عبد الرزاق في «مصنفه» عن الثوري عن عوف أو غيره عن الحسن: أن النبي صَلَّىٰاللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ ضرب في الخمر ثمانين، وعن ابن عيينة عن عمرو بن عبيد عن الحسن قال: هَمّ عمر بن الخطاب أن يكتب في المصحف أن رسول الله صَلَّىٰاللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ ضرب في الخمر ثمانين، ووقّت لأهل العراق ذات عرق.

وروى أبو يعلى عن عبد الله بن عمرو قال: قال رسول الله صَلَّىٰاللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: «من شرب خمرًا فاجلدوه ثمانين». والله أعلم.

(١) رواه الإمام أحمد (٦١٩٧)، وأبو داود (٤٤٨٥)، والترمذي (١٤٤٤)، والنسائي (٥٦٦١)، وابن ماجه (٢٥٧٣).

وقال في «نصب الراية» ٣/ ٣٤٦: روي من حديث أبي هريرة، ومن حديث معاوية، ومن حديث ابن عمر، ومن حديث قبيصة بن ذؤيب، ومن حديث جابر، ومن حديث الشريد، ومن حديث=

قَولُه: (أو أقرَّ) أي أقرَّ أنَّه شَرِب الخَمرَ طائِعًا، وريحهُا تُوجَد منه.

حَدُّ الشُّربِ كان بالجَريد والنِّعالِ في عَهد رَسولِ اللهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ[1]، ثم نُقِل إلى السَّوط في زَمَن عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بإجماع الصَّحابةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ[2]، وكان ذلك منهم على طَريق الاستِدلالِ؛ فإنَّهم قالوا: إذا سَكِر هَذى، وإذا هَذَى افترى، وحَدُّ المُفترين في كِتاب اللهِ تعالى ثَمانون[3].

وإن أقرَّ بعد ذَهابِ رائِحَتِها: لم يَجِب الحَدُّ.

وقال محمدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَجِبُ الحَدّ؛ لأن الرائِحةَ مُحتَمِلةٌ.

(لأنَّ الرَّائِحةَ مُحتَمِلةٌ): لأنَّها تكونُ من غيرها، قال القائِلُ[4]:

يَقولـــون لـــي: إنكَهْ شَـــرِبتَ مُدامةً فقلتُ لهم: لا بل أكَلتُ السَّفَرجَلا[5]

=الخدري، ومن حديث عبد الله بن عمرو، ومن حديث جرير، ومن حديث ابن مسعود، ومن حديث شرحبيل بن أوس، ومن حديث غطيف.

فحديث أبي هريرة: أخرجه أصحاب السنن إلا الترمذي (أبو داود ٤٤٨٤ والنسائي ٥٦٦٢ وابن ماجه ٢٥٧٢) عن ابن أبي ذئب عن خاله الحارث بن عبد الرحمن المدني عن أبي سلمة عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إذا سكر فاجلدوه، ثم إن سكر فاجلدوه، ثم إن سكر فاجلدوه، فإن عاد الرابعة فاقتلوه»... إلى آخر التخريج.

(١) روى البخاري (٦٧٧٣)، ومسلم (١٧٠٦) عن أنس بن مالك رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ضرب في الخمر بالجريد والنعال، وجلد أبو بكر أربعين.

(٢) تقدم تخريجه آنفًا.

(٣) من قوله: (حد الشرب كان بالجريد) إلى هنا غير مثبت في (و).

وقد تقدم تخريجه آنفًا من قول علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٤) في (و): الشاعر. وهو الأقيشر الأسدي، المغيرة بن عبد الله، والبيت في «ديوانه» ص١١٢.

(٥) قال في «تاج العروس» ٣٦/ ٥٣٠: استنكهه: شم ريح فمه، يقال: استنكهت الرجل فنكه في=

وقال الآخر[1]:

سَفَرجَلةٌ تَحكي ثُدَيَّ النَّواهِدِ لها عَرْفُ ذي فِسقٍ وصُفرةُ زاهِدِ[2]

لهما: حديثُ عبدِ الله بنِ مسعودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لما أُتِيَ بسَكرانٍ فقال: تَلْتِلُوه، ومَزْمِزُوه، واستَنْكِهُوه، فإن وَجَدتُم رائحةَ الخَمْر فاجلِدوه[3][4]. عَلَّق بذلك إيجابَ الحَدِّ.

=وجهي يَنكَه ويَنكِه نكهًا، إذا أمرته بأن يشمه ليعلم أشارب هو أم غير شارب؛ كما في «الصحاح».

قال ابن بري: شاهده قول الأقيشر... إلخ.

وقال ابن قتيبة في «الشعر والشعراء» ١/ ٢٧: كان الأقيشر صاحب شراب، فأخذه الأعوان بالكوفة وقالوا: شارب خمر، فقال: لست شارب خمر ولكني أكلت سفرجلًا، وأنشأ يقول:

يقولون لي: إنكه شربت مدامة فقلت لهم: لا بل أكلت سفرجلًا

(١) لم أقف على قائله، وممن ذكره الزمخشري في «ربيع الأبرار» ١/ ٢١٦.

(٢) أي اجتمع فيها علامة الفسق وهي رائحة الخمر ولون الزهد والتنسك وهو الاصفرار.

(٣) في (ب) و(ج): فحدوه.

(٤) قال في «الهداية» ٢/ ٣٥٤: وعندهما يُقَدَّر بزوال الرائحة؛ لقول ابن مسعود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فيه: فإن وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه. انتهى، قال في «نصب الراية» ٢/ ٣٥٤: غريب بهذا اللفظ، وروى عبد الرزاق في «مصنفه» (١٣٥١٩) عن أبي ماجد الحنفي قال: جاء رجل بابن أخ له سكران إلى عبد الله بن مسعود، فقال عبد الله: ترتروه، ومزمزوه، واستنكهوه، ففعلوا، فرفعه إلى السجن، ثم عاد به من الغد، ودعا بسوط، ثم أمر بثمرته فدقت بين حجرين حتى صارت دِرة، ثم قال للجلاد: اجلد، وارجع تلك، وأعط كل عضو حقه. انتهى.

ومن طريق عبد الرزاق رواه الطبراني في «معجمه» (٨٥٧٢)، ورواه إسحاق بن راهويه في «مسنده».

وأخرج البخاري (٥٠٠١)، ومسلم (٨٠١) في صحيحيهما عن ابن مسعود أنه قرأ سورة يوسف، فقال رجل: ما هكذا أنزلت، فقال عبد الله: والله لقرأتها على رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقال: أحسنت، فبينا هو يكلمه إذ وجد منه رائحة الخمر، فقال: أتشرب الخمر، وتُكَذِّب بالكتاب؟!=

التَّلتَلةُ والتَّرتَرةُ(١): التَّحريكُ.

والمَزمَزةُ: التَّحريكُ بعُنفٍ.

والاستِنكاهُ: طَلَبُ النَّكهةِ.

قَولُه: (عَلَّق بذلك) والمُعلَّق بالشَّرط عُدِم قبلَه، وهذا لأنَّ حَدَّ الخَمرِ ضَعيفٌ؛ لعَدَم وُرودِ النَّصِّ فيه، فلا يُقام إلا على الوَجه الذي به وَرَد الأثَرُ، والتَّمييزُ بين الرَّوائِحِ مُمكِنٌ للمُستَدِلِّ، وإنَّما يَشتَبِهُ على الجُهّال.

ومَن سَكِر من النَّبيذ: حُدَّ؛ لأن عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أقام الحَدَّ على أعرابيٍّ سَكِر من النَّبيذ(٢).

=فضربه الحد. انتهى. وأخرج الدارقطني في «سننه» (٣٣٤٦) بسند صحيح عن السائب بن يزيد عن عمر بن الخطاب أنه ضرب رجلًا وجد منه ريح الخمر، وفي لفظ: (ريح شرابٍ) الحدَّ تامًّا. انتهى باختصار يسير.

لم أقف عليه، ولكن ورد عند البيهقي (١٧٥١٣) عن السائب بن يزيد: أن عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ خرج فصلى على جنازة، فسمعه السائب يقول: إني وجدت من عبيد الله وأصحابه ريح شراب، وأنا سائل عما شربوا، فإن كان مسكرًا حددتهم، قال سفيان: فأخبرني معمر عن الزهري عن السائب بن يزيد أنه حضره يحدهم.

(١) في (ز): الثلثلة والبربة.

(٢) روى الدارقطني (٤٦٨٥) عن سعيد بن ذي لعوة: أن أعرابيًّا شرب من إداوة عمر نبيذًا فسكر، فضربه عمر الحد. قال الدارقطني: لا يثبت هذا.

وروى ابن أبي شيبة (٢٨٤٠١) عن حسان بن مخارق قال: بلغني أن عمر بن الخطاب ساير رجلًا في سفر وكان صائمًا، فلما أفطر أهوى إلى قربة لعمر معلقة فيها نبيذ قد خضخضها البعير، فشرب منها فسكر، فضربه عمر الحد، فقال له: إنما شربت من قربتك، فقال له عمر: إنما جلدناك لسكر. =

النَّبيذُ: التَّمرُ في جَرّة الماءِ، أي يُلقَى فيها حتى يَغلِيَ، وقد يكونُ من الزَّبيب والعَسَلِ، كذا في «المُغرِب».

واستولا حَدَّ على من وُجِد منه رائِحةُ الخَمْر؛ لأنها مُحتَمِلةٌ، وكذا لو تَقَيَّأَها.

ولا يُحَدُّ السَّكرانُ حتى يُعلَمَ أنه سَكِر من النَّبيذ وشَرِبه طَوعًا.

فلو[1] سَكِر من مُباحٍ: لا يُحَدّ، وكذلك المُكرَه.

قَولُه: (من مُباحٍ) كالبَنج ولَبَنِ الرِّماكِ[2].

ولا يُحَدّ السَّكرانُ حتى يَزولَ عنه السُّكْر؛ ليتَأَدَّبَ به.

وحَدُّ السُّكرِ والخَمرِ في الحُرّ: ثَمانونَ سَوطًا، يُفَرَّقُ على بَدَنه، كما ذَكَرنا في الزِّنى؛ لحديث عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قال: إذا سَكِر هَذى، وإذا هَذى افترى، فيَجِبُ عليه

= وقال ابن أبي حاتم في «علله» ٤/ ٤٧٦: وسألت أبي عن حديث سعيد بن ذي لعوة: أن أعرابيًّا شرب من إداوة عمر فسكر، فقال: سعيد مجهول، لا أعلم روى عنه غير الشعبي وأبي إسحاق.

وقال ابن حبان في «المجروحين» ١/ ٣١٦: سعيد بن ذي لعوة: شيخ دجال، يزعم أنه رأى عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يشرب المسكر، روى عنه الشعبي، ولم يرو في الدنيا إلا هذا الحديث وحديثًا آخر لا يحل ذكره في الكتب، ومن زعم أنه سعيد بن ذي حدان فقد وهم، وكيف يشرب عمر بن الخطاب رَحِمَهُ اللَّهُ المسكر وهو الذي خطب الناس بالمدينة وقال في خطبته: سمعت النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: «الخمر من خمسة أشياء، والخمر ما خامر العقل»، ولم يكن عمر ممن كان يشربها في أول الإسلام حيث كان شُربُها حلالًا، بل حرمها على نفسه وقال: لا أشرب شيئًا يذهب عقلي.

(١) في (أ): ولو.

(٢) جمع رمكة، وهي: الفرس. «المغرب» ص١٩٨.

حَدُّ المُفتَرين(١).

وإن كان عَبدًا: فحَدُّه أربَعونَ سَوطًا.

(وحَدُّ الخمرِ والسُّكرِ): المُرادُ به السُّكرُ في الأشرِبة المُحرَّمةِ سوى الخَمرِ؛ لأنَّ الحَدَّ في غير الخَمرِ يتعلَّقُ بالسُّكر، وفي الخَمر يَجِبُ الحَدُّ بشُرب القَطرةِ.

والتَّمسُّكُ بحَديث عليٍّ رَضِيَٱللَّهُعَنهُ ظاهِرٌ في السُّكرِ، وفي الخَمر(٢) ثَبَت الحُكمُ بالدَّلالة؛ لأنَّ حُرمةَ هذه الأشربةِ دون حُرمةِ الخَمرِ، حتى لا يُكفَرُ مُستَحِلُّها، ويُكفَرُ مُستَحِلُّ الخَمرِ؛ لأنَّ حُرمَتَها اجتِهاديَّةٌ، وحُرمةَ الخَمرِ قَطعيَّةٌ.

ولأنَّ التَّقديرَ بالثَّمانينِ ثَبَت بالإجماع، والمَنقولُ عن عليٍّ رَضِيَٱللَّهُعَنهُ حِكمةٌ(٣)، فلا يُراعى في كلِّ فَردٍ(٤).

ولأنَّ قَليلَه يَدعو إلى كَثيره، وهذا من خَواصِّ الخَمرِ، ولهذا يَزدادُ لشارِبه اللَّذةُ بالاستِكثار منه، بخِلاف سائِر المَطعوماتِ؛ فإنَّ لذَتَّه في الابتِداء تكونُ، وتَقِلُّ بالاستِكثار، وكان مُفضِيًا إلى السُّكر ظاهِرًا.

ومن أَقَرَّ بشُرب الخَمرِ أو السَّكَرِ ثم رَجَع: لم يُحَدّ؛ لأن الحُدود تُدرَأُ بالشُّبُهات،

---

(١) رواه الإمام مالك ٢/ ٨٤٢، والنسائي في «الكبرى» (٥٢٦٩)، والدارقطني (٣٣٤٤)، والحاكم (٨١٣٢)، والبيهقي (١٧٥٤٣).

(٢) في (و): الحديث.

(٣) الحكمة: أي حكمة الحكم. والحكمة هي: المعنى المناسب الذي نشأ عنه الحكم، كمشقة السفر للقصر والفطر، والدَّين لمنع الزكاة، والأبوة لمنع القصاص. «التحبير شرح التحرير» ٣/ ١٠٥٩.

(٤) بل تراعى حكمة الحكم في الجنس.

فلعلَّه صادِقٌ في رُجوعه.

ويَثبُتُ حَدُّ الشُّرب: بشَهادة شاهِدَينِ، أو بإقراره مَرّةً واحِدةً.

وعن أبي يوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أنه لا يُقبَلُ منه إلا بإقراره مَرّتَينِ؛ اعتبارًا بعدد الشُّهودِ كما في الزِّنى.

لنا: أن هناك يَثبُتُ غيرَ مَعقولِ المَعنى؛ لأن في الإقرار الثّاني لا يَثبُتُ إلا ما يَثبُتُ بالإقرار الأوّل.

ولا تُقبَلُ فيه شَهادةُ النِّساءِ مع الرِّجال؛ لحديث الزُّهريِّ [1] رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: مَضَت السُّنّةُ من لَدُنْ رَسولِ الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ والخَليفَتينِ من بعده أن لا تُقبَلَ شَهادةُ النِّساءِ مع الرِّجالِ في الحُدود والقِصاص [2].

قَولُه: (ومن أقَرَّ بشُرب الخَمرِ والسَّكَرِ) بفَتحتَين، هو السَّماعُ، وهو: عَصيرُ الرُّطَبِ [3] إذا اشتَدَّ.

ولم يُرَد به هذا [4] الخاصُّ، بل المُرادُ سائِرُ المُسكِراتِ التي تُوجِبُ الحَدَّ سوى الخَمرِ، وإنما خَصَّه: لأنَّه الغالِبُ في بِلادهم.

وجاز أن يُراد به السُّكْرُ.

وعلى التَّقديرين: لا بُدَّ من الإضمار؛ فإنَّ بمُجرَّد الإقرارِ بالسُّكْر لا يَجِبُ الحَدُّ

(١) الترضية مثبتة من (أ) و(ب).

(٢) رواه عبد الرزاق (١٥٤٢٧)، وابن أبي شيبة (٢٠٧٠٨).

(٣) في (و): العنب.

(٤) سقطت من (ز).

ما لم يَقُل إنه سَكِر من الأشرِبة المُحرَّمةِ.

وكذا بمُجرَّد الإقرارِ بشُرب السَّكَر لا يَجِبُ الحَدُّ ما لم يُوجَد السُّكْرُ.

وحَدُّ السُّكْرِ الذي يَتعلَّقُ به الحَدُّ عند أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن يَصيرَ بحالٍ لا يَعرِفُ الأرضَ من السَّماء، والفَروَ من القَباء، والرِّجالَ من النِّساء.

وعندهما: أن يَصيرَ بحالٍ يَختَلِطُ كَلامُه، ولا يَستَقِرُّ على شيءٍ في خِطابٍ ولا جَوابٍ، واللهُ أعلَمُ.

بابُ حدِّ القذف

بابُ حَدِّ القَذفِ

إذا قَذَف الرَّجُلُ رَجُلًا مُحصَنًا، أو امرأةً مُحصَنةً، بصَريح الزِّنى، وطالَب المَقذوفُ بالحَدّ: حَدَّهُ الحاكِمُ ثَمانينَ سَوطًا إن كان حُرًّا؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةٗ﴾ [النور:٤].

ويُفَرَّق الضَّربُ على أعضائه، ولا يُجَرَّد من ثِيابه، غير أنه يُنزَعُ عنه الفَروُ والحَشْوُ.

وإن كان عَبدًا: جُلِد أربعين سوطًا؛ لأن حَدَّه على النِّصف من عَذاب المُحصَنات(١).

قال اللهُ تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ﴾ المُرادُ: الرَّميُ بالزِّنى بالإجماع(٢)،

---

(١) كما في قوله تعالى: ﴿فَعَلَيۡهِنَّ نِصۡفُ مَا عَلَى ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ مِنَ ٱلۡعَذَابِۚ﴾.

(٢) قال إمام الهدى في «تفسيره» ٧/ ٥١٣: قوله: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ﴾: ذَكَر الرمي ولم يذكر بِمَ؟ فيعرف ذلك بالنازلة، ولقوله: ﴿ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾، وذكر الأربعة الشهود، والزنى هو المخصوص بالشهود الأربعة دون غيره من الإجرام؛ فدل ذكر ذلك على أثر ذلك على أن الرمي المذكور فيه هو الزنى. انتهى. =

وفي النَّصّ إشارةٌ إليه، وهو اشتِراطُ أَربَعةٍ من الشُّهداء، والنَّصُّ وإن وَرَد في المُحصَنات لكنّه يَثبُتُ الحُكمُ في المُحصَنينِ بالدَّلالة؛ لأنَّ الوُجوبَ لِدَفع العارِ والشَّنارِ[1]، وذلك يَتحَقَّقُ في الجِنسَين، وإنَّما خَصَّهُنَّ: لأنَّ القَذفَ في الأعَمِّ لهنّ.

وقيّد بصَريح الزِّنى: لأنّ حَدَّ القَذفِ لا يَجِبُ بالكِناية، حتّى إنَّ من قَذَف رَجُلًا بالزِّنى فقال آخَرُ: (صَدَقت): لا يُحَدُّ[2].

وشَرطُه: مُطالَبةُ المَقذوفِ؛ لأنَّ فيه حَقَّه من حيث دَفعُ العارِ.

(ولا يُجَرَّد عن ثِيابه) لأنَّ سَبَبَه -وهو القَذفُ- غيرُ مَقطوعٍ به.

والإحصانُ: أن يكون المَقذوفُ حُرًّا، عاقِلًا، بالِغًا، مُسلِمًا، عَفيفًا عن فِعل الزِّنى؛ لأن العبدَ لا يكون مُحصَنًا، دَلَّ عليه أن الله تعالى سَمّى الحُرّةَ مُحصَنةً لا الأَمةَ، فقال: ﴿فَعَلَيۡهِنَّ نِصۡفُ مَا عَلَى ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ مِنَ ٱلۡعَذَابِۚ﴾ [النِّساء:٢٥].

ويُشتَرَطُ العَقلُ والبُلوغُ حتى تَصِحَّ الدَّعوى منه، وكذلك الإسلامُ؛ لأن الكافِرَ مُبتَلًى بما هو شَرٌّ منه، وكذلك العِفّةُ عن الزِّنى حتى يكونَ كاذِبًا في قَذفِه.

= وقال المولى أبو السعود في «تفسيره» ٦/ ١٥٧: والمراد به رميهن بالزنى لا غير، وعدم التصريح به للاكتفاء بإيرادهن عقيب الزواني، ووصفهن بالإحصان الدال بالوضع على نزاهتهن عن الزنى خاصة، فإن ذلك بمنزلة التصريح بكون رميهن به لا محالة، ولا حاجة في ذلك إلى الاستشهاد باعتبار الأربعة من الشهداء، على أن فيه مؤنة بيان تأخر نزول الآية عن قوله تعالى: ﴿فَٱسۡتَشۡهِدُواْ عَلَيۡهِنَّ أَرۡبَعَةً﴾، ولا بعدم وجوب الحد بالرمي بغير الزنى، على أن فيه شبهة المصادرة، كأنه قيل: والذين يرمون العفائف المنزهات عما رمين به من الزنى. انتهى.

(١) الشنار: العيب والعار. وقيل: هو العيب الذي فيه عار. «النهاية» لابن الأثير ٢/ ٥٠٤.

(٢) أي المُصَدِّق.

ومن نَفَى نَسَبَ غيرِه فقال: (لستَ لأبيكَ)، أو قال: (يا بْنَ الزَّانية)، وأُمّهُ مَيْتةٌ مُحصَنةٌ، فطالَب الابنُ بحَدِّه: حُدَّ القاذِفُ؛ لأنه قَذَف مُحصَنةً، وقد طالَب مَن له حقُّ المُطالبةُ لنَفيِ العارِ عن نفسه، ولهذا قُلنا: إنه لا يُطالِبُ بحَدٍّ والمَقذوفُ مَيْتٌ إلا من يَقَعُ القَدْحُ في نَسَبه بقَذفه.

قَولُه: (إلا من يَقَعُ القَدحُ في نَسَبه بقذفه) الخُصومةُ في حَدِّ القَذفِ لمن يُنسَب إلى المَيْت بالوِلاد، أو[1] يُنسَبُ إليه المَيْتُ بالوِلاد؛ لأنَّهم يَلحَقُهم الشَّينُ بذلك؛ لمَكان الجُزئِيَّةِ، فيكونُ القَذفُ مُتَناوِلًا له مَعنًى، حتى قُلنا: يَثبُتُ وِلايةُ المُطالَبةِ للمَحروم عن الميراث بالكُفر والقَتلِ[2]، ويَثبُتُ لوَلَد البِنت كما يَثبُتُ لوَلَد الابنِ، ولا يَثبُتُ للأخ؛ لانعِدام الجُزئيّةِ في الثّاني، ووُجودِها في الأوَّلِ.

وإن كان المَقذوفُ مُحصَنًا: جاز لابنه الكافِرِ والعَبدِ أن يُطالِبَ[3] بالحَدّ؛ لأنه لا خَلَلَ في المُطالَبة، ولا في إحْصان المَقْذوف.

قَولُه: (لأنّه لا خَلَلَ في المُطالَبة) لأنَّ وِلايةَ المُطالَبةِ باعتِبار النِّسبةِ، والنِّسبةُ لا تَنقَطِعُ بالكُفر، وإنَّما تَنعَدِمُ الخِلافةُ إرثًا، وليس طَريقَه الإرثُ عندنا، وهذا بخِلاف ما إذا تَناوَلَ القَذفَ نَفسَه؛ لأنَّ المُوجِبَ قَذفُ المُحصَنِ، والكافِرُ ليس بمُحصَنٍ.

وليس للعبد أن يطالِبَ مَولاهُ بقَذف أُمِّه الحُرّة؛ لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «لا يُقادُ والِدٌ[4]

---

(١) في (هـ): أي، والمثبت من (و).

(٢) سقطت من (و).

(٣) في (أ): أن يطالبان.

(٤) في (أ): الوالد.

بوَلَده، ولا سَيِّدٌ[1] بعَبده»[2].

أقاد فُلانًا[3] بفُلانٍ: قتَله به[4]، والحَديثُ وإن وَرَد في القِصاص لكنّه يُثبِتُ الحُكمَ في المَقذوف دَلالةً، وهذا لأنَّ سَبَبَ القِصاصِ مُتيقَّنٌ به، وهو القَتلُ، وسَبَبُ الحَدِّ -وهو القَذفُ- غيرُ مُتيقَّنٌ به؛ لاحتِمال أن يكونَ صادِقًا، فلَمّا لم يُعاقَب هناك -مع التَّيقُّن بسَبَب العُقوبةِ- لَأَنْ يُعاقَب هنا أَولى.

قَولُه: (بقَذف أُمِّه[5] الحُرّةِ) أي بقَذف مَولاهُ أُمَّهُ الحُرّةَ.

وإن أقَرّ بالقَذف ثم رَجَع: لا يُقبَلُ رُجوعُه؛ لتَعَلُّقِ حَقِّ المَقذوفِ به.

قَولُه: (لتَعلُّقِ حَقِّ المَقذوفِ) لأنَّ حَدَّ[6] القَذفِ اجتَمَع فيه الحَقّانِ، حَقُّ الشَّرعِ وحَقُّ العَبدِ، فإنَّه شُرِع لدَفع العارِ عن المَقذوف، وشُرِع زاجِرًا، لكنَّ المُغلَّبَ فيه عندنا: حَقُّ اللهِ تعالى، ولهذا يَستَوفيه السُّلطانُ، ولو كان المُغلَّبَ حَقُّ العَبدِ: لَتَمكَّن هو من الاستيفاء، كالقِصاص، وإذا كان كذلك: فلا يَعمَلُ فيه الرُّجوعُ؛ لأنَّ الخَصمَ مُصدِّقٌ له في الإقرار، مُكَذِّبٌ له في الرُّجوع.

---

(١) في (أ): ولا السيد.

(٢) روى صدره الإمام أحمد (٩٨)، والترمذي (١٤٠٠)، وابن ماجه (٢٦٦٢)، والدارقطني (٣٢٧٧)، وانظر «نصب الراية» ٤/ ٣٣٩.

ورواه الطبراني في «الأوسط» (٨٦٥٧)، والحاكم (٢٨٥٦) بلفظ: «لا يقاد مملوك من مالكه، ولا والد من ولده».

(٣) في (هـ) و(ز): فلان.

(٤) سقطت من (و).

(٥) في (ز): الأمة.

(٦) في (هـ): حق، وفي (و): حكم

ومن قال لعَرَبيّ: (يا نَبَطِيُّ): لم يُحَدّ؛ لاحتِمال عَدَمِ القَذف.

النَّبَطُ: جيلٌ من النّاس بسَواد العِراق، الواحِدُ: نَبَطِيٌّ، مُعرَّبٌ[1].

قَولُه: (لاحتِمال عَدَمِ القَذفِ) وهذا لأنّه في الحَقيقة نَسَبه إلى غير أبيه، ولأنّه يُوجِبُ القَذفَ، لكنّه يَحتَمِلُ أن يُرادَ به التَّشبيهُ بهم في الفَهاهة[2] والخِسّةِ، ولأنَّ العَرَبَ مَنسوبون إلى الفَصاحة والكَرَمِ، وأهلُ سَوادِ العِراقِ مَنسوبون إلى الفَهاهة والخِسّةِ، فكأنَّه يَقولُ: (إن كان نَسَبُك من العَرَب إلا أنّك تُشبِهُ العَجَمَ في الأخلاق)، كما قيل[3]:

وما يَنفَعُ الأصلُ من هاشِمٍ إذا كانت النَّفسُ من باهِلَة[4]

فلَمّا احتَمَل هذا وذاك: فلا يكونُ قاذِفًا بالشَّكِّ.

وإذا قال لرَجُل: (يا بْنَ ماءِ السَّماء): فليس بقاذِفٍ؛ لأنه تَشبيهٌ بماء السَّماءِ إطراءً ومَدحًا.

---

(١) مثبتة من (ز).

(٢) الفهاهة: العي. «الصحاح» ٦/ ٢٢٤٥.

(٣) لم أقف على قائله، وممن ذكره الثعالبي في «التمثيل والمحاضرة» ص٤٥٦، و«المنتحل» ١/ ١٣٨، والراغب في «محاضرات الأدباء» ١/ ٤٠٩.

(٤) باهلة قوم من أخس العرب، وكانت العرب تستنكف من الانتساب إلى باهلة، حتى قيل:

ولو قيل للكلب يا باهلي عوى الكلب من لؤم هذا النسب

كما في «الشعور بالعور» للصفدي ص١٩٤.

وذكر المصنف في «الكافي» ٣/ ٢١٣ أن بني باهِلةَ ليسوا بأكفاءٍ لعامّة العرَبِ؛ لخَساستهم، فرُوِي أنهم كانُوا يَستخرِجون النِّقيَّ من عِظام المَوتى ويَأكُلونه.

الإطراء: المُبالَغةُ في المَدح.

وماءُ السَّماءِ: هو جَدُّ النُّعمانِ بنِ المُنذِرِ، لُقِّب به لصَفائه وسَخائِه، فيكونُ المُرادُ: إنّك تُشبِهُه في الجُود والصَّفاءِ.

وإذا نَسَبَه إلى عَمّه، أو خالِه، أو زَوجِ أُمِّه: فليس بقاذِفٍ.

ومَن وَطِئ وَطْئًا حَرامًا في غير مِلكه: لا يُحَدُّ قاذِفُه؛ لأنه لم يَبْقَ مُحصَنًا.

قَولُه: (لم يَبقَ مُحصَنًا) لفَوات العِفّة[١]، وهي شَرطُ الإحصانِ، ولا فَرقَ بين انتِفائه من وَجهٍ أو من كلِّ وَجهٍ، بأن كانت مُشتَرَكةً[٢].

والمُلاعَنةُ[٣] بوَلَدٍ: لا يُحَدُّ قاذِفُها؛ لأَمارة زِناها، وهو وَلَدٌ غيرُ ثابِتِ النَّسَب.

(والمُلاعَنةُ) صَحَّ[٤] بفَتح العَينِ وكَسرِها، يُقال: لاعَنَ الزَّوجُ امرَأتَه، ولاعَنت هي زَوجَها.

ومَن قَذَف أَمةً، أو عَبدًا، أو كافِرًا.. بالزِّنى: لا يُحَدّ؛ لأن هؤلاء لا إحصانَ لهم.

قَولُه: (لأنَّ هؤلاء لا إحصانَ لهم) أمّا العَبدُ والأمةُ: فلِما ذَكَرنا.

وأمّا الكافِرُ: فلقَوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «من أَشرَك بالله فليس بمُحصَنٍ»[٥].

ومَن قَذَف مُسلِمًا مُحصَنًا بغير زِنًى فقال: (يا فاسِقُ)، أو (يا كافِرُ)، أو (يا

(١) في (و): العقد.

(٢) في (و): مشركة. والمعنى استواء الحكم في وطء أمة لا يملكها أصلًا، أو يملك شقصًا منها.

(٣) في (ب): وكذلك المتلاعنة.

(٤) سقطت من (و).

(٥) تقدم تخريجه.

خَبيثُ): عُزِّر؛ نَفيًا للعار عنهم؛ لاحتِمال أن يكون صادِقًا.

قَولُه: (لاحتِمال أن يكونَ صادِقًا) العارُ إنَّما يَلحَقُه إذا احتَمَل الكَلامُ الصِّدقَ، فيُعزَّرُ ليَظهَرَ كَذِبُه، ويَحصُلَ بَراءةُ صاحِبِه عما شُتِم به؛ لأنَّه لو لم يُعزَّر واحتَمَل المَشتومُ أن يكونَ مَوصوفًا بهذه الصِّفات: يَلحَقُه العارُ.

فلو قال: (يا حِمارُ)، أو (يا خِنزيرُ): لا يُعزَّرُ؛ لأنه لا يَلحَقُهُم العارُ؛ للتَّيقُّن بكَذِبه.

بخِلاف ما إذا قال: (يا حِمارُ)؛ لأنَّه لا يَلحَقُه الشَّينُ به؛ للتَّيقُّن بكَذِبه، فلا حاجةَ إلى التَّعزير.

وقيل: إن كان المَشتومُ من العُلَماء والعَلَويّةِ: يُعزَّرُ[1].

(١) لشرف العلم والانتساب، فلي شتمهم كشتم عامة الناس.

فصلٌ ﴿في التَّعزير﴾

فصلٌ

والتَّعزيرُ أكثرُه: تِسعةٌ وثَلاثونَ سَوطًا.

وأَقَلُّه: ثَلاثُ جَلَدات، أو ما يَراهُ الإمامُ مَصحلةً؛ لأن المَقصودَ تَقويمُه.

التَّعزيرُ: التَّعظيمُ والتَّأديبُ، والمُرادُ هنا: تَأديبٌ دون الحَدِّ، وأصلُه: من العَزْر الرَّدْعِ.

قَولُه: (لأنَّ المَقصودَ تَقويمُه) أي المَقصودُ تَأديبُه، وذلك يَحصُلُ بتِسعةٍ وثَلاثين أو ثَلاثِ جَلَداتٍ، لكن لا يَحصُلُ بما دونَها، فلا يُنقَصُ عن الثَّلاث.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَبلُغُ التَّعزيرُ خَمسةً وسَبعينَ سَوطًا؛ لقوله عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ: «من بَلَغ حَدًّا في غير حَدٍّ فهو من المُعتَدين»[1].

«من بَلَغ حَدًّا في غير حَدٍّ» الرِّوايةُ بالتَّخفيف، والتَّثقيلُ خَطَأٌ بيِّنٌ؛ لأنَّ المَعنى: مَن بَلَغ في غير الحَدِّ إلى الحَدِّ فهو من المُعتَدين.

(١) رواه البيهقي (١٧٥٨٥).

ونُقِل عن العَلّامة رَضِيَٱللَّهُعَنهُ أنَّ مَعناهُ: هركه[1] بَرسَد بِحد در غير حد.

وهذا المَعنى إنَّما يُفهَم إذا كان بالتَّخفيف؛ لأنه لو قيل بالتَّشديد لصار المَعنى: من بَلَّغ الحَدَّ إلى غير الحَدِّ، ولا خَفاء في بُطلانه.

ولو قَدَّرتَ المَفعولَ الأوَّلَ مَحذوفًا: لاحتَمَلَ الصِّحّةَ، أي من بَلَّغ التَّعزيرَ حَدًّا.

ويَدُلُّ على الحَذف: قَولُه: «في غير حَدٍّ»، وهذا كقَوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلرَّسُولُ بَلِّغۡ مَآ أُنزِلَ إِلَيۡكَ﴾ [المائدة:٦٧]، أي بَلِّغ النَّاسَ ما أُنزِل إليك.

وقال أبو حنيفة: حَدُّ القَذفِ على العبيد: أربَعون، فلا يَبلُغُ أربَعين، ويُنقَصُ عليه بواحِدة.

وإن حَبَسه بعد التَّعزير: يَجوزُ إن رَأى الإمامُ الصَّلاحَ فيه.

وإذا تَعذَّر تَبليغُه حَدًّا: فأبو يوسفَ نَظَر إلى أدنى الحَدِّ في الأحرار، لكن نَقَص منه خَمسةً؛ تَقليدًا لعليٍّ رَضِيَٱللَّهُعَنهُ[2].

وهُما نَظَرا إلى أدنى الحَدِّ في العَبيد، وهو حَدُّ القَذفِ، وذلك أربعون، نَقَصا منه سَوطًا.

وأشَدُّ الضَّربِ:

التَّعزيرُ؛ لأنه نُقِصَ عَدَدُه، فلو خُفِّفَ لم يُفِد التَّأديبَ.

---

(١) سقطت من (و).

(٢) قال في «نصب الراية» ٣/ ٣٥٤: غريب، وذكره البغوي في «شرح السنة» عن ابن أبي ليلى، والله أعلم.

ثم حَدُّ الزِّنى؛ لتَعاظُم الجِناية.

ثم حَدُّ الشُّرب؛ لأن ثُبوتَه بالإجماع من الصَّحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ[1]، لا بالكِتاب.

قَولُه: (لتَعاظُم الجِنايةِ) لأنَّ الزِّنى حَرامٌ في الأديان كلِّها، بخِلاف شُربِ الخَمرِ[2].

ثم حَدُّ القَذف؛ لأنه عوقِبَ بِرَدِّ الشَّهادة[3].

قَولُه: (لأنَّه عُوقِب بِرَدِّ الشَّهادةِ) فحَصَل التَّغليظُ من هذه الجِهة، فلا تُغلَّظ بحسَب الوَصفِ.

ومَن حَدَّه الإمامُ أو عزَّره فمات: فدَمُه هَدَرٌ؛ لأنه بأمر الإمام.

(ومن حَدَّه الإمامُ) أي نائِبُه؛ لئلا يَتناقَض.

قَولُه: (لأنه بأَمر الإمامِ) والإمامُ نائِبٌ عن الله تعالى، وكأنَّه أَمَره الشَّارِعُ به.

وفِعلُ المَأمورِ لا يَتقيَّدُ بشَرط السَّلامةِ، كالفَصّاد والبَزّاغ[4].

وإذا حُدَّ المُسلِمُ في القَذف: سَقَطت شهادَتُه وإن تاب؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُواْ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًاۚ﴾ [النُّور:٤].

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) فإنه كان مباحًا حتى في صدر الإسلام كما هو معلوم.

(٣) في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُواْ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًاۚ﴾.

(٤) الفصد: قطع العرق، وبابه ضرب، وقد فصد وافتصد. «المختار» ص٢٤٠.

وبزغ البيطار والحاجم بَزْغًا، من باب قتل: شرط وأسال الدم. «المصباح» ١/ ٤٨.

وهذا إذا لم يتجاوزا الموضع المعتاد، وإلا فيضمنان. وانظر «البناية» ٦/ ٣٩٧.

وإن حُدَّ الكافِرُ في القَذف ثم أَسلَم: قُبِلت شهادَتُه؛ لأن شهادَتَه الأُولى مَردودةٌ، وإنما حَدَثَ[1] له ذلك بعد الإسلام، فتُقبَلُ على المُسلِم والكافِر.

شَهادةُ القاذِفِ لا تُقبَل وإن تاب؛ لأنَّ الاستِثناءَ يَنصَرِفُ إلى ما يَليه وهو قَولُه: ﴿وَأُوْلَـٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ﴾ [النور:٤]؛ لأنَّ الأصلَ أنَّ كلَّ كَلامٍ تامٌّ لا يُوصَل بما قبلَه إلا إذا كان قاصِرًا بجِهةٍ[2]، كقَوله: ﴿وَلَا تَقْبَلُواْ﴾؛ لأنه وإن كان تامًّا لكنّه من حيث إنَّه يَصلُحُ جَزاءً واحِدًا مُفتَقِرٌ[3] إلى الشَّرط، فجُعِل مُلحَقًا بالأوَّل، ألا تَرى أنَّ جَرحَ الشَّهادةِ إيلامٌ كالضَّرب.

وأمّا قَولُه: ﴿وَأُوْلَـٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ﴾ فمَقطوعٌ عن الأوَّل؛ لأنَّه إخبارٌ عن حالٍ قائِمةٍ، غيرُ مُفوَّضٍ إلى الأئِمّة، بخِلاف الجُملتَين الأُولَيَين.

وقيل: إنَّه آذاه باللِّسان، فعُوقِب بفَوات مَنفعَتِه[4]؛ ليكونَ جَزاءً وِفاقًا.

ولأنّا[5] لو قَبِلنا شَهادتَه: لتُوهِّم[6] كونُه صادِقًا في قَذفه.

❁❁❁

ثمّ اعلَم أنَّه قَدَّم حَدَّ الزِّنى: لأنّه شُرِع لِصِيانة الأنسابِ والفُرُشِ، وفيه إحياءُ

---

(١) في (أ) و(ب) ونسخة في (د): حدثت. والمثبت من (د) ونسخة في (أ). ونسخة (ج) فيها نقص هنا.

(٢) في (ز): بجهته.

(٣) في سوى (هـ): مفتقرًا.

(٤) أي منفعة اللسان.

(٥) في (و): ولكن.

(٦) في (و): لا يتوهم، وفي (ز): يتوهم.

النُّفوسِ؛ لأنَّ وَلَدَ الزِّنى هالِكٌ حُكمًا؛ لعَدَم من يُرَبّيه.

ثم حَدَّ الخَمرِ؛ لأنَّه لصيانة العُقولِ التي بِها قِوامُ النُّفوسِ.

ثم حَدَّ القَذفِ: لأنَّه لصِيانة الأعراضِ، وهذا دون الأوَّلَينِ بالشَّكِّ[1].

ثم حَدَّ السَّرِقةِ: لأنَّه لصِيانة الأَموالِ، والأموالُ وِقايةُ الأنفُسِ والعُقولِ والأَعراضِ؛ لأنَّها تُبذَل بها، ولا يَنعَكِسُ، واللهُ أعلَمُ.

---

(١) أي بسبب الشك.

كتابُ السَّرقة

كِتابُ السَّرِقةِ

السَّرِقةُ لُغةً(١): أَخذُ مالِ الغَيرِ على وَجه الخُفيةِ، سُمِّي به: لأنَّه يُسارِقُ عينَ حافِظِه، ويَطلُبُ غَفلتَه ليأخُذَه، أو يُسارِقُ عينَ أَعوانِه على الحِفظ.

إذا سَرَق العاقِلُ البالِغُ عشَرةَ دراهِمَ، أو ما يَبلُغُ قيمَتُه عشَرةَ دراهمَ، مَضروبةً أو غيرَ مَضروبةٍ، من حِرْزٍ لا شُبهةَ فيه: وَجب عليه القَطعُ؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقۡطَعُوٓاْ أَيۡدِيَهُمَا﴾ [المائدة:٣٨].

والعَبدُ والحُرُّ في القَطع سَواءٌ؛ لإطلاق النَّص(٢).

وفي النَّصِّ إشارةٌ إلى اشتِراط العَقلِ، والبُلوغِ، والنِّصابِ، والحِرزِ.

أمّا العَقلُ والبُلوغُ: فلأنَّ اللهَ تعالى سَمّى القَطعَ: جَزاءً ونكالًا، وهو يَستَدعي كونَ السَّرِقةِ جِنايةً، والجِنايةُ لا تَتحَقَّقُ دونَهما.

وكذا السَّارِقُ اسمٌ مُشتَقٌّ من السَّرِقة، فكان مَأخَذُ الاشتِقاقِ عِلّةً للحُكم،

---

(١) مثبتة من (ز).

(٢) أي النص المار آنفًا وهو قوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقۡطَعُوٓاْ أَيۡدِيَهُمَا﴾.

والسَّرِقةُ لا تَتحَقَّقُ إلا بصِفة الماليّةِ والمَملوكيّةِ.

والحِرزُ: فإنَّ أَخذَ المُباحِ يُسَمّى اصطِيادًا واحتِطابًا، لا سَرِقةً، وما ليس بمُحرَزٍ لا يكونُ أَخذُه سَرِقةً؛ لانعِدام مُسارَقةِ عينَ الحافِظِ.

ولَمّا كان كونُ المالِ مُحرَزًا شَرطًا بالنَّصِّ، وشَرائِطُ العُقوبةِ يُراعى وُجودُها بصِفة الكَمال؛ لِما في النُّقصان من شُبهة العَدَمِ، والإحرازُ إنَّما يَتِمُّ في المال الخَطيرِ دون الحَقيرِ؛ فالقَليل[1] تافِهٌ لا يَقصِدُ الإنسانُ إحرازَه عادةً، فصار ما يَتِمُّ به الإحرازُ -وهو كونُ المالِ خَطيرًا-: ثابِتًا بالنَّصِّ.

وكَونُه مَضروبًا شَرطٌ في ظاهِر الرِّوايةِ؛ رعايةً لصِفة الكَمالِ في باب العُقوبةِ، حتى لو سَرَق عَشَرةً تِبرًا لا تُساوي عَشَرةَ دَراهِمَ: لم يُقطَع.

فالمُعتبَر عَشَرةُ دَراهِمَ من وَزن سَبعةٍ؛ فإنَّه المُعتبَرُ[2] في غالِب البُلدانِ.

وقَولُه: (أو ما يَبلُغُ قيمَتُه عشَرةَ دراهِمَ) يُشيرُ إلى أنَّ غير الدَّراهِمِ يُعتبَرُ بها، حتى لو سَرَق دينارًا لا يُساوي عشَرةَ دراهِمَ: لم يُقطَع؛ لأنَّ النَّصَّ وَرَد باسم الدَّراهِمِ، وغيرُ المَنصوصِ يُقام مَقامَ المَنصوصِ عليه باعتِبار القيمة.

قَولُه: (من حِرزٍ لا شُبهةَ فيه) لأنَّ ما يَندَرِئُ بالشُّبُهات لا يُستَوفَى[3] مع الشُّبُهات.

ويَجِبُ القَطعُ بإقراره مَرّةً واحِدة؛ لأن الإقرارَ الثّاني لا يَزيدُ على غَلبة الظَّنّ.

ويَجِبُ القَطعُ بشَهادة الشّاهِدَين.

---

(١) في (و): والقليل.

(٢) في (و): المعتد.

(٣) في (و): لا يقام.

وإذا اشتَرَكَ جَماعةٌ في سَرِقةٍ، فأصاب كلَّ واحِدٍ منهم عشَرةَ دراهم: قُطعوا، وإن كان أقلَّ من ذلك: لم يُقطَعوا؛ لأن العشَرةَ هي النِّصابُ، ولأن الأحاديثَ اختَلفت[1]،

---

(١) قال في «الكافي» ٥/ ٣١١: واختلَفوا في تَقديره مع اتِّفاقِهم أن النِّصابَ مُقدَّرٌ به:

فقال مالِكٌ: هو ثَلاثةُ دَراهِمَ؛ لأنها أقَلُّ ما نُقِل في تَقديره، كما إذا اختَلَف الْمُقوِّمون في قِيمة الْمَسروقِ، فإنه يُؤخَذُ بالأقَلِّ؛ للتَّيقُّن به.

وقال الشّافعيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: رُبُعُ دِينارٍ؛ لأن قِيمةَ الدِّينارِ كانت على عَهد النَّبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اثنَي عشَرَ دِرهَمًا، وثَلاثةُ دَراهِمَ تكونُ رُبُعَ دِينارٍ.

وقال أصحابُنا: عَشَرةُ دَراهِمَ؛ لأن الْمِجَنَّ الذي قُطِعت اليدُ فيه على عَهد النَّبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يُساوِي عَشَرةَ دَراهِمَ، رَواه ابنُ عبّاسٍ وابنُ عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، فأخَذنا بأكثَرِ النُّصُبِ دَرءًا للحدّ. انتهى.

قلت: قال عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لا يُقطَعُ السّارقُ إلا في ثَمَن الْمِجَنِّ».

رواه الطحاوي في «معاني الآثار» (٤٩٥٠)، والطبراني في «الأوسط» (٣٢٩)، والبيهقي (١٧١٧٤). ورواه بألفاظ أخرى قريبة: النسائي، ومنها (٤٩٤٨): «لا تقطع اليد إلا في ثمن المجن»، ورواه ابن ماجه (٢٥٨٦) بلفظ: «تقطع يد السارق في ثمن المجن».

ودليل الإمام مالك رواه البخاري (٦٧٩٥)، ومسلم (١٦٨٦).

ودليل الإمام الشافعي: ما رواه الإمام أحمد (٢٤٥١٥) عن يحيى بن يحيى الغساني قال: قدمت المدينة، فلقيت أبا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم وهو عامل على المدينة، قال: أتيت بسارق، فأرسلت إلي خالتي عمرة بنت عبد الرحمن أن لا تعجل في أمر هذا الرجل حتى آتيك فأخبرك ما سمعت من عائشة في أمر السارق، قال: فأتتني، وأخبرتني أنها سمعت عائشة تقول: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «اقطعوا في ربع الدينار، ولا تقطعوا فيما هو أدنى من ذلك»، وكان ربع الدينار يومئذ ثلاثة دراهم، والدينار اثني عشر درهمًا، قال: وكانت سرقته دون ربع الدينار، فلم أقطعه.

وروى النسائي (٤٩٣١) عن عائشة قالت: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «يقطع يد السارق في ثمن المجن» وثمن المجن ربع دينار.

وروى الإمام مالك في «الموطأ» ٢/ ٨٣٢ عن عمرة بنت عبد الرحمن: أن سارقًا سرق في زمان عثمان أترجة، فأمر بها عثمان بن عفان أن تقوم، فقومت بثلاثة دراهم من صرف اثني عشر درهمًا=

فأخَذنا بأكثر النُّصُبِ دَرْءًا للحَدّ.

قَولُه: (لأنَّ العَشَرةَ هو[1] النِّصابُ) أي العَشَرةُ هو النِّصابُ المُوجِبُ للقَطع.

ويُشتَرَط تَحقُّقُ المُوجِبِ في حَقِّ كلِّ واحِدٍ منهم؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ مُؤاخَذٌ بجِنايته.

قَولُه: (لأنَّ الأحاديثَ قد اختَلَفت) رُوِي أنَّ النبيَّ عَلَيْهِ السَّلَامُ قال: «القَطعُ في رُبُعِ دينارٍ فصاعِدًا»[2]، وبه أَخَذ الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وفي حَديث عُثمانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «لا تُقطَعُ الخَمسُ إلا بخَمسةٍ»[3]، يعني اليَدُ التي عليها[4] خَمسةُ أصابعَ لا تُقطَعُ إلا بخَمسة دَراهِمَ.

وفي الحَديث المَعروفِ: «لا مَهرَ أَقَلُّ من عَشَرةٍ، ولا قَطعَ في أَقَلَّ من عَشَرةِ

=بدينار، فقطع عثمان يده.

ودليلنا: ما روى أبو داود (٤٣٨٧) عن ابن عباس قال: قطع رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يد رجل في مِجنّ قيمته دينار أو عشرة دراهم. ورواه النسائي (٤٩٥١)، ورواه النسائي أيضًا (٤٩٥٦) والإمام أحمد (٦٦٨٧) عن عبد الله بن عمرو رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

(١) في (ز): هي.

(٢) رواه البخاري (٦٧٨٩)، ومسلم (١٦٨٤)، لفظ البخاري: «تقطع اليد في ربع دينار فصاعدًا»، ولفظ مسلم: «لا تقطع يد السارق إلا في ربع دينار فصاعدًا»

(٣) لم أقف عليه عن عثمان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وذكره عنه من أئمتنا السرخسي في «المبسوط» ٩/ ١٣٧، ورواه ابن أبي شيبة (٢٨٠٩٩) والدارقطني (٣٤٠٨) ثم البيهقي (١٧١٩٦) عن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ موقوفًا، ورواه النسائي (٤٩٤٠) من كلام سليمان بن يسار.

وورد تفسير الخمس بالدنانير من رواية عبد الرزاق (١٨٩٦٥) عن سليمان بن يسار.

(٤) في (هـ): لها.

دَراهِمَ»[1].

فأَخَذنا بالأكثَر؛ احتِياطًا لدَرء الحَدِّ؛ لأنَّ في الأَقَلِّ شُبهةَ عَدَمِ الجِنايةِ، وهي دارِئةٌ للحَدِّ.

(١) رواه الدارقطني (٣٤٥٢) ثم البيهقي (١٧١٩٤) عن علي رَضِيَٱللَّهُعَنهُ قال: لا تقطع اليد إلا في عشرة دراهم، ولا يكون المهر أقل من عشرة دراهم.

فصلٌ «فيما يقطع فيه وما لا يقطع»

فصلٌ

لا قطعَ فيما يوجَدُ مُباحًا تافِهًا في دار الإسلام، قالت عائشةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: كانوا لا يَقطَعونَ في الشَّيء التّافِه[1].

ولا يُقطَعُ في الخَشَب، والحَشيش، والقَصَب، والسَّمَك، والصَّيد.

قَولُه: (ولا يُقطَع[2] في الخَشَب) هذا تَفريعٌ لِما أَصَّل أوّلًا.

والتَّمسُّكُ بحَديث عائِشةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: أنّه نَفى القَطعَ في الشَّيء التَّافِه، وهو الحَقيرُ، وما[3] يُوجَد جِنسُه مُباحًا في الأصل بصُورته غيرَ مَرغوبٍ فيه: حَقيرٌ، تَقِلُّ الرَّغَباتُ فيه، فيُلحَق بالتَّافه قَدرًا، وهو ما دون النِّصاب.

---

(١) روى ابن أبي شيبة (٢٨١١٤) عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة قالت: لم يكن يقطع على عهد النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في الشيء التافه.

وروى عبد الرزاق (١٨٩٥٩) وابن أبي شيبة (٢٨١١٠) عن هشام بن عروة عن أبيه: أن سارقًا لم يقطع في عهد النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في أدنى من مجن، حجفة أو ترس، وكل واحد منها يومئذ ذو ثمن، وأن السارق لم يكن يقطع في عهد رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في الشيء التافه.

(٢) في (هـ): ولا قطع.

(٣) في (هـ): وهو ما.

وأمّا الذَّهَبُ والفِضّةُ إذا سَرَقهما على الصُّورة التي وُجِدا مُباحًا -بأن كانا مُختَلِطَين بالحَجَر والتُّرابِ-: فلا يُقطَع، كذا رُوِي عن محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

ولا فيما يَتَسارَعُ[1] إليه الفَسادُ، كالفاكِهة الرَّطْبَة، واللَّبَن، واللَّحم، والبِطّيخ، والفاكهةِ على الشَّجرة، والزَّرعِ الذي لم يُحصَد.

قَولُه: (كالفَواكه) إلى قَوله: (والبِطِّيخ) نِظائِرُ لِما يَتسارَعُ إليه الفَسادُ.

قَولُه: (والفاكِهةِ على الشَّجَر) عَطفٌ على ما يَتسارَعُ، وما يَتسارَع إليه الفَسادُ تافِهٌ جِنسًا؛ فإنَّ النَّاسَ يَتساهَلون فيه فيما بينهم، فيُلحَق بالتَّافه قَدرًا.

ولا يُقطَع في الأَشرِبة المُطرِبة، ولا في الطُّنبور؛ لجَواز إتلافِها، وعَدمِ عِصمَتها.

قَولُه: (لجَواز إتلافِها، وعَدَمِ عِصمَتِها) هذا دَليلٌ للأشرِبة المُطرِبةِ والطُّنبورِ، وهذا ظاهِرٌ عندهما.

وعنده: إن كان يَجوزُ بَيعُ الطُّنبورِ وغيرِ الخَمرِ من الأشربة لبَقاء الماليّةِ والتَّقوُّمِ.. لكنَّ نفْسَ[2] الاختِلافِ يُورِثُ الشُّبهةَ.

ولا في سَرِقة المُصحَف؛ لأنه لا يُمنَع من قِراءة القُرآن، وكذا إن كان عليه حِليةٌ؛ لأنها تَبَعُ المُصحف.

قَولُه: (لأنَّه لا يُمنَع من قِراءة القُرآن) يعني أنَّ لكُلِّ واحِدٍ تَأويلًا في أَخذ المُصحَفِ للقِراءة منه، ولا يَجوزُ المَنعُ عن قِراءة القُرآنِ، فيكونُ مَأذونًا في أَخذه للقِراءة، فتَتمكَّنُ فيه الشُّبهةُ.

---

(١) كذا في (أ) ونسخة في (ج)، وفي (ب) و(ج): يسرع.

(٢) في (ز): تعين.

قَولُه: (وإن كان عليه حِليةٌ) أي وإن كان المُصحَفُ مُفَضَّضًا حتى بَلَغت قيمةُ الحِليةِ[1] نِصابًا[2]؛ لأنَّ المَقصودَ مافي المُصحَفِ، ولا يَجِبُ القَطعُ باعتِباره، فصار كمن سَرَق ثَوبًا خَلَقًا قد صُرَّ في الثَّوب دينارٌ، ولم يَعلَم السَّارِقُ: لا يَلزَمُه القَطعُ.

وكذا إذا سَرَق آنيةً فيها خَمرٌ: لا يَلزَمُه القَطعُ، وإن كانت الآنيةُ تُساوي نِصابًا؛ لهذا[3].

ولا في الصَّليب من الذَّهب[4]؛ لأنه لا عِصمةَ فيه.

ولا الشِّطرَنج، ولا النَّرْد.

قَولُه: (ولا الشِّطرَنجُ، ولا النَّرْدُ) لأنَّه يَتأَوَّلُ من أحدهما الكَسرَ نَهيًا عن المُنكَر.

ولا قطْعَ على سارِق الصَّبيِّ الحُرّ، وإن كان عليه[5] حُلِيٌّ؛ لأنه ليس بمال، والحُلِيُّ تَبَعٌ له.

ولا فَرقَ بين أن يكونَ الصَّبِيُّ الحُرُّ يُعبِّرُ عن نفسه أوْ لا يُعبِّرُ.

ولا يُقطَع[6] في سَرِقة العَبدِ الكَبير؛ لأنه في يد نَفسِه.

قَولُه: (لأنَّه في يَد نَفسِه) أي الكَبيرُ له يَدٌ على نفسه، وذلك مانِعٌ من تَقرُّر يَدِ السَّارِقِ عليه.

(١) في (هـ): قيمة جلده.

(٢) أي نصاب السرقة.

(٣) أي لأن المقصود إتلاف ما فيها، وهو غير معصوم.

(٤) في (ب) زيادة من حاشية مصححة: ولا في أبواب المسجد.

(٥) في (ب): معه.

(٦) مثبتة من (ب).

ويُقطَعُ في سَرِقة العَبدِ الصَّغير؛ لأنه مالٌ مُتقَوَّمٌ.

ومُرادُه من العَبد الصَّغير: أن لا يُعبِّرَ عن نفسه، ولا يَتكلَّمَ، ولا يَعقِلَ، فيصيرُ كالدَّابّة، فأمّا إذا كان صَبيًّا يَعقِلُ ويَتكلَّمُ: فهو والبالِغُ سَواءٌ في اعتِبار يَدِه.

ولا قطعَ في الدَّفاتِرِ كُلِّها؛ لأنها إذا كانت أشعارًا أو أشياءَ مَكروهةً: فهي كالطُّنبور، وإن كانت كُتُبَ الحِكمةِ والدِّينِ والفِقه: فهي كالمُصحَف من وَجهٍ، والشُّبهةُ في هذا البابِ تكفي، إلا في دَفاتِرِ الحِساب؛ لأنه مالٌ.

قَولُه: (وإن كانت كُتُبَ الحِكمةِ) كالعِلم بأخلاق النَّفسِ وما يُضاهيه.

(والدِّينِ) كعِلم الكَلامِ.

(إلا دَفاتِرَ الحِسابِ) كدَفاتر أهلِ الدِّيوانِ والحِسابِ الذي أُمضِي حِسابُه؛ لأنَّ ما فيها لا يُقصَد بالأخذ، وكان المَقصودُ الكَواغِدَ[1]، فإن كان نِصابًا: قُطِع، كذا في «الإيضاح» وغيرِه.

ولا قطعَ في سَرِقة كَلبٍ، ولا فَهدٍ، ولا دُبٍّ، ولا قِردٍ؛ لأنها مما يوجَد مُباحًا.

ولا في دُفٍّ، ولا في طَبْلٍ، ولا مِزمارٍ؛ لقُصور عِصمَتِها.

(لقُصور عِصمَتِها) يعني بواسِطة الاختِلافِ بين أبي حنيفةَ وصاحِبَيه رَحِمَهُمُ اللَّهُ في تَقوُّمِها.

وقَولُه: (ولا في طَبْلٍ) هذا إذا كان طَبْلَ لَهوٍ، فأمّا طَبْلُ الغُزاةِ فقد اختَلَفَ المَشايخُ[2] فيه[3].

(١) الكاغد: هو الورق المعد للكتابة، وسماه صاحب «القاموس» ص٣١٥: القرطاس.

(٢) مثبتة من (ز).

(٣) قال في «الهداية» ٤/ ٣٠٧: وقيل: الاختلاف في الدف والطبل الذي يضرب للَّهو، فأما=

ويُقطَع في السَّاج، والقَنَاء، والآبَنُوس، والصَّنْدَل؛ لأنه لا يوجَد مُباحًا في دار الإسلام.

(السَّاجُ) أعَزُّ خَشَبٍ بالعِراق.

وقَناةُ الرِّماحِ: خَشَبُها، وإنها لا تُوجَد مُباحَ الأصلِ في دار الإسلامِ، وإنما تُوجَد في دار الحَربِ، وبذلك لا تتمكَّنُ الشُّبهةُ؛ لأنَّ الأموالَ في دار الحَربِ كلَّها على الإباحة.

وبَيانُ أنَّ كَونَه مُباحَ الأصلِ في دار الإسلامِ يُورِثُ الشُّبهةَ: أنَّ جِنسَه لَمّا كان يُوجَدُ مُباحًا في دار الإسلامِ -والجِنسيّةُ لا تَتبدَّلُ بالإحراز-، ولَمّا لم يُقطَع بسَرقة جِنسِه: يَصيرُ ذلك شُبهةً.

وإن اتُّخِذ من الخَشَب أوانٍ أو أَبوابٌ: قُطِع فيها؛ لأنها لا يوجَد مُباحًا.

قَولُه: (وإذا اتُّخِذ من الخَشَب أوانٍ أو أبوابٌ) قالوا: إنَّما يَجِبُ القَطعُ في غير المُرَكَّبِ، وإنَّما يَجِبُ إذا كان خَفيفًا لا يَثقُلُ على الواحِد حَملُه؛ لأنَّه لا يُرغَب في سَرِقة الثَّقيلِ.

ولا قطْعَ على خائنٍ ولا خائِنةٍ؛ لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «لا قطْعَ في حَرِيسة الجَبَل»[1]،

=طبل الغزاة والدف الذي يباح ضربه في العرس: يضمن بالإتلاف من غير خلاف. وقيل: الفتوى في الضمان على قولهما.

وفي «العناية» ٥/ ٣٧١: واختار الصدر الشهيد عدم وجوب القطع؛ لأنه كما يصلح للغزو يصلح لغيره، فتتمكن فيه الشبهة. انتهى. وقيل: يقطع لأنه مال متَقَوّمٌ ليس موضوعًا للَّهو، فليس آلة لهو. «الفتح» ٥/ ٣٧٢.

(١) رواه النسائي (٤٩٥٧) ولفظه: «لا تقطع اليد في ثمر معلق، فإذا ضمه الجرين قطعت في=

والخائنُ حِرزُهُ أقصَرُ.

قَولُه: (ولا قَطعَ على خائِنٍ ولا خائِنةٍ) قال الشَّيخُ الإمامُ بَدرُ الدِّينِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: هو أن يَأخُذَ ويَخونَ ما في يَده من الشَّيء المَأمونِ، والخائِنةُ للمُؤنَّث.

حَريسةُ الجَبَلِ: ما يُسْرَقُ من المَواشي في الجَبَل، يُقال: احتَرَس: أي سَرَق، كذا في «الدِّيوان».

وفي «المُغرِب»: هو من قَولهم للسَّارِق: حارِسٌ، على طَريق التَّعكيسِ.

والتَّمسُّكُ به: أنَّ القَطعَ لَمّا لم يَجِب في الحَريسة -لقُصورٍ في الحِرز-: فلأن لا يَجِبَ في الخائِن -وحِرزُه أتَمُّ قُصورًا- أَولى.

وكذلك المُنتَهِبُ والمُختَلِس.

الانتِهابُ: أن يَأخُذَ على وَجه العَلانِيةِ قَهرًا، من ظاهِر بَلدةٍ أو قَريةٍ.

والاختِلاسُ: أن يَأخُذَ من اليَد بسُرعةٍ جَهرًا.

وهذا لأنَّ فِعلَ السَّرِقةِ غيرُ مَوجودٍ هنا؛ لأنَّه يُجاهِرُ بفِعله، ولا يُسارِقُ عينَ صاحِبِه.

ولا يُقطَعُ النَّبَّاشُ، وقال الشافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُقطَعُ؛ لحديث عائشةَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهَا: (سارِقُ أمواتِنا كسارِق أحيائِنا)[1].

والتَّمسُّكُ بقَوله عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ: «سارِقُ أمواتِنا كسارِق أحيائِنا» مُشكِلٌ؛ فإنَّ كافَ

=ثمن المجن، ولا تقطع في حريسة الجبل، فإذا آوى المراح قطعت في ثمن المجن».

(١) رواه البيهقي في «المعرفة» (١٧١٨٣)، ورواه ابن أبي شيبة (٢٨٦١٥) عن إبراهيم والشعبي.

التَّشبيهِ لا تُوجِبُ العُمومَ.

والجَوابُ عنه: أنَّها تُوجِبُ العُمومَ إذا كان المَحَلُّ قابِلًا له، كقَول عليٍّ رَضِيَ اللهُ عَنهُ: لتكون دِماؤُهم كدِمائنا، وأموالُهم كأموالنا[1]. وهذا المَحَلُّ قابِلٌ له، فيَقتَضي العُمومَ.

ولأنَّه ثَبَت كونُ النَّبَّاشِ سارِقًا بهذا الأثَرِ، فيَجِبُ القَطعُ بالنَّصِّ.

ولَنا: أن في الماليّة خَلَلًا، وفي الحِرز خَلَلًا.

(ولنا: أنَّ في الماليّة خَلَلًا، وفي الحِرز خَلَلًا) أمّا الخَلَلُ في المالِيّة: فلأنَّها عِبارةٌ عن التَّموُّل والادِّخارِ لوَقت الحاجةِ، وهذا غيرُ مَوجودٍ في الكَفَن؛ فإنَّه مع المَيْت يُوضَع في القَبر للبِلى.

وأمّا الحِرزُ: فلأنَّ الكَفَنَ غيرُ مُحرَزٍ بالحافِظ؛ لأنَّ المَيْتَ لا يُحرِزُ نفسَه، فأنّى يُحرِزُ غيرَه! والمَكانُ حُفرةٌ في الصَّحراء، فلا يكونُ حِرزًا.

ألا ترى أنَّه لا يُجعَل حِرزًا لثَوبٍ آخَرَ من جِنس الكَفَنِ!

ولأنَّهم يَدفِنون المَيْتَ في مَلَأٍ من النّاس، ومَن دَفَن مالًا على قَصد الإحرازِ فإنَّه يُخفيه عن النَّاس، ولو فَعَله في مَلَأٍ منهم يُنسَبُ إلى الجُنون.

وإذا اختَلَّت المالِيّةُ والحِرزُ: لا تَتحَقَّقُ السَّرِقةُ، فلا يَجِبُ القَطعُ؛ لأنَّ السَّرِقةَ

(١) تمام لفظه كما عند المصنف في «الكافي» ٥/ ٣٩٤: إنما بَذَلوا الجِزيةَ لتكونَ دِماؤُهم كدِمائنا، وأموالُهم كأموالنا. انتهى. قال في «نصب الراية» ٣/ ٣٨١: غريب، وأخرج الدارقطني في «سننه» (٣٢٩٦) عن الحكم عن حسين بن ميمون عن أبي الجنوب الأسدي قال: قال علي بن أبي طالب: من كانت له ذمتنا فدمه كدمنا وديته كديتنا. انتهى. قلت: لفظه في النسخة المتداولة من الدارقطني: من كانت له ذمتنا فدمه كدمائنا.

أَخذُ مالٍ مُحرَزٍ مَملوكٍ[١].

وأمّا الجَوابُ عن الأثَر: فكافُ التَّشبيهِ تَقتَضي العُمومَ إذا كان المَحَلُّ قابِلًا له، ولم يُوجَد؛ لِما ذَكَرنا من المعاني.

وإطلاقُ اسمِ السَّارِقِ عليه بطَريق المَجازِ، بدَليل أنَّه يُنفَى عنه هذا الاسمُ[٢]، وقَبولُ الانتِفاءِ بالنَّفي: عَلامةُ كونِه مَجازٌ.

فإن قيل: أليس أنَّ القَطعَ يَجِبُ على الطَّرّار[٣] مع جَواز انتِفاء اسمِ السَّارِق عنه؟

قُلنا: بَلى! لكنَّ الآيَةَ خَفيّةٌ في حَقِّ الطَّرّارِ والنَّبّاشِ، وحُكمهُ: النَّظَرُ فيه؛ ليُعلَم أنَّ اختِفاءَه لمَزيّةٍ أو نُقصانٍ، فيَظهَرَ المُرادُ.

ثم النَّبّاشُ اختُصَّ به: لقُصورٍ في فِعله، على ما ذَكَرنا، والتَّعديةُ بمِثله -خاصّةً في الحُدود- باطِلٌ.

وأمّا الطَّرّارُ: فقد اختُصَّ به لفَضلٍ في جِنايَته[٤]، وحَذْقٍ في فِعله؛ لِما عُرِف، وتَعديةُ الحُدودِ بمِثله في نِهاية الصِّحّةِ.

ولا فَرقَ بين أن يكونَ القَبرُ[٥] في بَيتٍ مُقفَلٍ أوْ لا[٦]، هو الصَّحيحُ.

---

(١) سقطت من (و).

(٢) فيقال نباش.

(٣) طَررته طَرًّا -من باب قتل-: شققته، ومنه الطَّرّار، وهو الذي يقطع النفقات ويأخذها على غفلة من أهلها. «المصباح» ٢/ ٣٧٠.

(٤) في (و): خياسة.

(٥) في (و): الميت.

(٦) في حاشية (ز): أو لم يكن (خ) بدل أو لا.

ولا يُقطَع السَّارِقُ من بيت المال؛ لأن له شِرْكةً فيه.

ولا من مالٍ للسَّارق فيه شِرْكةٌ؛ للشُّبهة[1]. والله أعلم.

قَولُه: (لأنَّ له فيه شِرْكةٌ) لأنَّه مالُ المُسلِمين، وهو منهم، فإنَّه إذا احتاج: ثَبَت له الحَقُّ فيه بقَدْر حاجَتِه.

(١) في (ب): للشبهة في الحد.

فصلٌ في الحِرز

فصلٌ في الحِرز

ومَن سَرَق من أبَويه، أو جَدِّه، أو من وَلَده، أو من ذي رَحِمٍ مَحرَمٍ منه: لا يُقطَع؛ لجَواز الدُّخولِ في بُيوت هؤلاء من غير إذنٍ، فلم يُوجَد الحِرزُ.

وكذلك إذا سَرَق أحدُ الزَّوجَينِ من الآخَر، أو العَبدُ من سَيِّده، أو امرأةِ سَيِّده، أو زَوجِ سيِّدَته، أو المَولى من مُكاتَبه؛ لأنه يَجوزُ لهؤلاء دُخولُ بُيوتِ هؤلاء.

والحِرزُ على ضَربَين:

حِرزٌ لمَعنًى فيه، كالبُيوت والدُّور.

وحِرزٌ بالحافِظ.

فمن سَرَق شَيئًا من حِفظٍ أو غير حِفظ، حَريزًا أو غيرَ حَريز، وصاحبُه عنده: يَجِبُ عليه القَطعُ؛ لأنه مُحرَزٌ مَحفوظٌ به.

الحِرزُ قد يكونُ بالمَكان: وهو المَكانُ المُعَدُّ لإحراز الأمتِعةِ، كالدُّور والبُيوتِ.

وقد يكونُ بالحافِظ: كمن جَلَس في الطَّريق أو في المَسجِد وعندَه مَتاعُه، فهو مُحرَزٌ به.

والحِرزُ بالحافِظ إنَّما يُعتبَر فيما لا يَكونُ مُحرَزًا بالمكان؛ لأنَّ الحِرزَ بالمَكان

فوقَ الحِرزِ بالحافِظ؛ لأنَّ الحِرزَ حَقيقةً: ما يَمنَعُ وُصولَ اليَدِ إلى المال، ويَصيرُ المالُ به مُحَصَّنًا، وذلك إنَّما يَحصُلُ بالمَكان.

ولا فَرقَ بين أن يكونَ الحافِظُ مُستَيقظًا أو نائِمًا، والمَتاعُ عندَه أو تحتَه.

وفي بعض النُّسَخ[1]: (مِن[2] حِفظٍ أو غيرِ حِفظٍ[3]) أي من مَوضِعٍ ذي حِفظٍ، وهو المَوضِعُ المُعَدُّ للحِفظ.

قَولُه: (وصاحِبُه عندَه) راجِعٌ إلى قَوله: (أو غيرِ حِرزٍ) وهذا بَيانٌ للحِرز بالحافِظ.

ولا قطْعَ على من سَرَق من حَمّامٍ، أو من بَيتٍ أُذِن للنّاس بالدُّخول فيه؛ لعَدَم الحِرْز.

ومَن سَرَق من المَسجِد مَتاعًا وصاحِبُه عنده: قُطِع؛ لأنه مُحرَزٌ به.

ولا قطْعَ على الضَّيف إذا سَرَق مِمَّن أضافَه؛ لعدم الحِرز.

قَولُه: (لأنَّه مُحرَزٌ به) أي إنَّه مُحرَزٌ بالحافِظ لا بالمَسجِد؛ لأنَّه ما بُنِي لإحراز الأموالِ، فيكونُ هذا والفيافي[4] سواءً.

بخِلاف الحَمّامِ؛ فإنَّه لا يُقطَع إذا كان صاحِبُه عندَه؛ لأنَّه بُنِي للإحراز، فكان المَكانُ حِرزًا، فلا يُعتبَر[5] الإحرازُ بالحافظ، ولَمّا أُذِن للنّاس في دُخوله: اختَلَّ

---

(١) وهو موافق للمثبت في المتن هنا.

(٢) في (هـ): في.

(٣) في (هـ): حفظ حفظ.

(٤) الفيافي: هي البراري الواسعة، جمع فيفاء. «النهاية» لابن الأثير ٣/ ٤٨٥، وهي الصحارى الملساء المستوية، وانظر «الطلبة» ص١٩ و«المختار» ص٢٤٥.

(٥) في (هـ): فلا يقيد.

الحِرزُ بالمَكان، فلا يَجِبُ القَطعُ.

ومَسألةُ الضَّيفِ تُخرَّجُ على هذا الطَّريقِ؛ لأنَّ البَيتَ لم يَبقَ حِرزًا في حقِّه؛ لكَونه مَأذونًا بالدُّخول فيه.

وإذا نَقَب اللِّصُّ البيتَ ودَخَل، فأخَذ المتاعَ[1] وناوَلَه آخَرَ خارِجَ البيت: فلا قطْعَ عليهما؛ لأن الآخِذَ لم يَدخُلِ الحِرزَ، والدَّاخِلَ لم يُخرِجِ المالَ من الحِرز.

وإن ألقاه في الطَّريق فخَرَج وأخَذَه: قُطِع، وكذلك إن حَمَله على حِمارٍ فساقَه وأخرَجه وأَخَذه؛ لأنه وُجِد الأَخْذُ والإخراجُ.

قَولُه: (وإن ألقاه في الطَّريق...) إلى آخِره: فإن قيل: لو وَجَب القَطعُ فإنَّما يَجِب بالإلقاء، وهو غيرُ مُوجِبٍ للقَطع، كما لو خَرَج ولم يَأخُذ، أو بالأخذ من السِّكَّة، وهو لا يُوجِبُ القَطعَ أيضًا بنفسه، كما لو أَخَذه غيرُه.

قيل: إنَّه أَخَذ المالَ من الحِرز وخَرَج والمالُ في يَدِه حُكمًا، فتَمَّت السَّرِقةُ، كما لو كان في يده حَقيقةً، وهذا لأنَّ يدَه ثَبَتت عليه بالأخذ، وبالرَّمي إلى الطَّريقِ لم تَزُل يَدُه حُكمًا؛ لعَدَم اعتِراضِ يدٍ أُخرى على يَده، وإذا ثَبَت بَقاءُ يَدِه حُكمًا -وقد تَقرَّر ذلك بالأخذ الثَّاني-: فكان مُستَوجِبًا للقَطع.

وإذا دَخَل الحِرزَ جماعةٌ في سَرِقةٍ، فتَولَّى بعضُهم الأَخْذ: قُطِعوا جَميعًا؛ لأن سَرِقَتهم هكذا تكون، ولأنه إنما يأخُذُ بقُوَّتِهم.

قَولُه: (وإذا دَخَل الحِرزَ جَماعةٌ...) صُورةُ المَسألة ذَكَرها في «المَبسوط»: وإن دَخَل جَماعةٌ الدَّارَ، فجَمَعوا المَتاعَ، وحَمَلوه على رَجُلٍ منهم، وكان هو الذي

---

(١) في (ب): المال.

خَرَج به، وقد خَرَجوا معه، أو بعدَه في فوره، أو خَرَجوا قبلَه، ثم خَرَج هو في فورهم: يَلزَمُهم القَطعُ استِحسانًا؛ لأنَّ هذه زِيادةُ حيلةٍ بين[١] السُّراقِ، أن يُباشِرَ حَملَ المَتاعِ واحِدٌ منهم، وأصحابُه يَستعدّون لدَفع صاحِبِ البَيتِ[٢].

وإذا نَقَب اللِّصُّ البَيتَ وأَدخَل يدَه فيه وأخَذ شَيئًا: لم يُقطَع؛ لأن الدُّخولَ فيه مُمكِنٌ، فلا يُعَدُّ ناقِصًا للحِرز بذلك القَدْر.

وإن أَدخَل يدَه في صُندوق الصَّيرَفِيِّ، أو في جَيب غيره، وأَخَذ المال: قُطِع؛ لأنه لا يُمكِن هَتْكُ الحِرزِ منه[٣] بأكثرَ من هذا.

قَولُه: (لأنَّ الدُّخولَ مُمكِنٌ) يعني إنَّ شَرطَ الحَدِّ[٤] وسَبَبَه يُراعَى وُجودُه بأكمَل الجِهاتِ؛ لِما في النُّقصان من شُبهة العَدَمِ، وهَتكُ الحِرزِ شَرطٌ، وأكمَلُ جِهةِ هَتكِ الحِرزِ في البُيوت: أن يَدخُلَها، وهو مُمكِنٌ، فلا يَجِبُ القَطعُ بدونه.

بخِلاف الصُّندوقِ والجَيبِ؛ لأنَّ المُمكِنَ هناك إدخالُ اليَدِ دون الدُّخولِ[٥].

---

(١) في (و): من.

(٢) أي لدفع صاحب البيت عنه وعن أنفسهم، فلا يجوز أن يكون ذلك مسقطًا للحد عنهم. «المبسوط» ٩/ ١٤٩.

(٣) في (أ): فيه.

(٤) في (ز): الحط.

(٥) في (و): الرجل.

فصل ﴿في كيفية القطع وإثباته﴾

فصل

وتُقطَع يَمينُ السارِق، وفي(1) قراءة ابنِ مَسعودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْمَانَهُمَا﴾(2) [المائدة:٣٨].

ويُقطَع من الزَّند، كذا رُوِي(3)(4).

---

(١) في (أ): في.

(٢) رواه البيهقي (١٧٢٤٧)، وروى الطبري في «تفسيره» ٨/ ٤٠٧: عن إبراهيم قال: في قراءتنا.. -قال: وربما قال:- في قراءة عبد الله: (والسارقون والسارقات فاقطعوا أيمانهما). ورواه جزمًا عنه في ٨/ ٤٠٨.

(٣) في (أ) زيادة: (عن النبي عَلَيْهِ السَّلَامُ: «اقطعوه ثم احسموه»، أي اقطعوا دمه، وهو أن يجعل يده بعد القطع في الدهن الذي أغلي). ولعلها تابعة للفقرة الآتية.

(٤) قال في «نصب الراية» ٣/ ٣٧٠: فيه أحاديث: فمنها ما أخرجه الدارقطني في «سننه» (٣٤٦٦) قال: كان صفوان بن أمية بن خلف نائمًا في المسجد، وثيابه تحت رأسه، فجاء سارق فأخذها، فأتي به النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وأقر السارق، فأمر به النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن يقطع، فقال صفوان: يا رسول الله! أيقطع رجل من العرب في ثوبي؟! فقال له النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أفلا كان قبل أن تأتيني به»، ثم قال عَلَيْهِ السَّلَامُ: «اشفعوا ما لم يصل إلى الوالي، فإذا وصل إلى الوالي فعفا فلا عفا الله عنه»، ثم أمر بقطعه من المفصل. انتهى. وضعفه ابن القطان في «كتابه»، فقال: العرزمي متروك، وأبو نعيم عبد الرحمن بن هانئ النخعي لا يتابع على ما له من حديث... إلى آخره.

قال فُقهاءُ الأمصارِ: المُستَحَقُّ قَطعُ اليُمنى[1] من الرُّسْغ[2].

وقالَت الخَوارِجُ: من المَنكِب[3]؛ لأنَّ اليدَ اسمٌ للجارِحة من رُؤوس الأصابِع إلى الآباط[4].

لكنّا نَقولُ: اليَدُ ذاتُ مَقاطِعَ ثَلاثةٍ: الأرساغِ، والمَرافِقِ[5]، والآباطِ، وكلُّ مَقطَعٍ[6] منها يَحتَمِلُ أن يكونَ مُرادًا، لكنَّ الإبهامَ[7] زال ببَيان النَّبيِّ عَلَيهِ السَّلَامُ، فإنَّه أَمَر بقَطع يَدِ السَّارِقِ من الرُّسْغ.

ولأنَّ هذا القَدْرَ مُتيقَّنٌ به[8]، وفي العُقوبات إنَّما يُؤخَذ[9] بالمُتيقَّن.

ويُحسَم؛ لأنه للتَّأديب لا للإهلاك.

الحَسمُ: الكَيُّ ليَنقَطِع الدَّمُ.

---

(١) في (هـ): اليمين.

(٢) الرُّسْغ من الإنسان: مَفصِل ما بين الكف والساعد، والقدم إلى الساق، وضم السين للإتباع لغةٌ. «المصباح» ١/ ٢٢٦.

(٣) المَنكِب -كالمجلس-: مجمع عظم العضد والكتف. «المختار» ص٣١٩.

(٤) الإبط: ما تحت الجناح، ويذكر ويؤنث، فيقال: هو الإبط وهي الإبط، ومن كلامهم: رفع السوط حتى برقت إبطه، والجمع آباط، مثل حمل وأحمال، ويزعم بعض المتأخرين أن كسر الباء لغة، وهو غير ثابت. «المصباح» ١/ ١.

(٥) المِرفَق والمَرفِق: مَوصِل الذراع في العضد. «المختار» ص١٢٦.

(٦) في (و) و(ز): موضع.

(٧) أي الإبهام في النص.

(٨) لأنه داخل في القطع على كلا القولين.

(٩) في (ز): يؤاخذ.

فإن سَرَق ثانيًا: قُطِع رِجلُه اليُسرى؛ لقوله تعالى: ﴿أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلَٰفٍ﴾ [المائدة: ٣٣].

قَولُه تعالى: ﴿أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلَٰفٍ﴾: يعني في السَّرِقة الكُبرى، وهو قَطعُ الطَّريقِ، إذا أَخَذوا مالَ مُسلِمٍ أو ذِمِّيٍّ، والمَأخوذُ إذا قُسِم على جَماعتهم أصاب كلَّ واحِدٍ منهم عَشَرةٌ: يُقطَع لكلِّ واحِدةٍ[1] يدُه اليُمنى ورِجلُه اليُسرى.

ووَجه الاستِدلالِ به في الصُّغرى: أنَّ قَطعَ اليَدِ والرِّجلِ مهما استُحِقَّ كان بوَصف كونِه من خِلافٍ، كما في قاطِع الطَّريقِ، وقد استُحِقَّ هنا، فيَجِبُ أن يكونَ كذلك.

ولأنَّ السَّرِقةَ الكُبرى بمَنزلة سَرِقتَينِ؛ لتَغلُّظ جِنايتِه؛ من حيث إنَّه يُجاهِرُ بفِعله، والسَّارِقُ يُخفي فِعلَه، وإنه يُفوِّتُ الأمنَ على المارّة، ولهذا يَجِبُ قَطعُ اليَدِ والرِّجلِ بمَرّةٍ واحِدةٍ.

ثم يَجِبُ قَطعُ اليَدِ والرِّجلِ هناك من خِلافٍ، كذا هنا، كذا قاله شَيخُنا رَضِيَ اللهُ عَنهُ.

فإن سَرَق ثالثًا لا يُقطَع.

وقال الشافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يُؤتَى على أطرافه الأربَعِ؛ لقوله عَلَيهِ السَّلَامُ: «من سَرَق فاقطَعُوه، فإن عاد فاقطَعُوه، فإن عاد فاقطَعُوه»[2].

---

(١) في (و): يقطع لمكان واحد، وفي (ز): واحد منه.

(٢) ذكر الزيلعي رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى عند تخريجه في «نصب الراية» ٣/ ٣٧١ حديث أبي داود (٤٤١٠) عن جابر بن عبد الله، قال: جيء بسارقٍ إلى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ فقال: «اقتلوه»، فقالوا: يا رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ، إنما سَرَقَ، فقال: «اقطعُوه»، قال: فَقُطِعَ، ثم جيء به الثانيةَ، فقال: «اقتلوه»، فقالوا: يا رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ، إنما سَرَقَ، فقال: «اقطعُوه»، قال: فقُطِعَ، ثم جِيء به الثالثةَ، فقال:=

لَنا: أنه إتلافُ جنسِ المَنفعة، فيكونُ إهلاكًا.

ويُخَلَّد في السِّجن حتى يَتوبَ، ويَظهَرَ[1] على وَجهه سِيما رَجُلٍ صالِحٍ[2].

أَتى عليه: استَأصَله.

ذَكَر في «المَبسوط»: قال النبيُّ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «إذا سَرَق السَّارِقُ فاقطَعوه، فإن عاد فاقطَعوه[3]...» إلى أن قال في الخامِسة: «فإن عاد فاقتُلوه»، وفي رِوايةٍ مُفسَّرًا[4]: في المَرّة الأُولى: ذَكَر اليَد اليُمنى، وفي الثّانية: ذَكَر الرِّجلَ اليُسرى، وفي الثّالثة: اليَدَ

=«اقتلُوه»، فقالوا: يا رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، إنما سَرَقَ، فقال: «اقطعُوه»، ثم أُتي به الرابعةَ، فقال: «اقتُلوه»،فقالوا: يا رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، إنما سَرَقَ، قال: «اقطعوه»، فأُتي به الخامسةَ، فقال: «اقتُلوه»، قال جابرٌ: فانطلقنا به فقتلناه، ثم اجترَرْناه فألقيناهُ في بِئرٍ، ورمينا عليه الحجارة. وانظر كلامه في إعلاله ثمة.

(١) في (أ): أو يظهره.

(٢) في (أ) ونسخة في (ج): سيماء الصالحين.

(٣) قوله: (فإن عاد فاقطعوه) مثبت من (و).

(٤) قال في «نصب الراية» ٣/ ٣٧٣: قوله: ويروى مفسَّرًا كما هو مذهبه: قلت: أخرجه الدارقطني في «سننه» (٣٢٦٥) والطبراني في «معجمه» (١٧/ ١٨٢) عن الفضل بن المختار عن عبيد الله بن موهب عن عصمة بن مالك قال: سرق مملوك أربع مرات، والنبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يعفو عنه، ثم سرق الخامسة فقطع يده، ثم السادسة فقطع رجله، ثم السابعة فقطع يده، ثم الثامنة فقطع رجله، وقال عَلَيْهِ السَّلَامُ: «أربع بأربع»... إلخ.

قلت: هكذا في «الهداية» و«نصب الراية»، ولعل الذي يشير إليه المصنف هنا تفسير اليمين واليسار لا المرات وحسب، فإن كان ذلك فقد روى البيهقي (١٧٢٦٠) عن جابر قال: أُتي النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بسارق فأمر بقطع يده، ثم أُتي به قد سرق فأمر به فقطع رجله، ثم أُتي به بعد وقد سرق فأمر بقطع يده اليسرى، ثم أُتي به قد سرق فأمر بقطع رجله اليمنى، ثم أُتي به قد سرق فأمر بقتله.

اليُسرى، وفي الرَّابعة: الرِّجلَ اليُمنى.

وفي «الأسرار» و«الهِدايةِ»: ذَكَر القَطعَ أربعَ مَرّاتٍ أيضًا[1].

وذَكَر في «النَّافِع»: ثَلاثَ مَرّاتٍ، فيَحتَمِلُ أنَّه وَقَع ذلك من النُّساخ، ويَحتَمِلُ أنَّه إنَّما اقتَصَر عليه: لِما أنَّ الاستِدلالَ يَتِمُّ بقَدر ما ذُكِر؛ لأنَّه لَمّا ثَبَت القَطعُ في المَرّة الثَّالثةِ: يَجِبُ القَطعُ في المَرّة الرَّابِعةِ إجماعًا.

وهذا الحَديثُ طَعَن فيه الطَّحاويُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، فقال: تَتَبَّعنا هذه الآثارَ فلم نَجِد لشيءٍ منها أصلًا.

أو هو مَحمولٌ على السِّياسة.

ولأنَّ الصَّحابةَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمْ اختَلَفوا[2]، ولم يَحتَجَّ أحَدٌ بنَصٍّ في الباب، فتَبيَّن أنَّه لا نَصَّ في الباب.

ولأنَّه يُقالُ: إنَّ اليُسرى مَحَلُّ القَطعِ بظاهِر النَّصِّ، إلا أنَّ اليُمنى[3] تَعيَّنت في الابتِداء بالإجماع، وذا لا يُبطِلُ المَحلِّيَّةَ في اليُسرى؛ لأنَّا نَقولُ: قيَّدنا القِراءةَ المَعروفةَ بقِراءة ابنِ مَسعودٍ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ؛ لأنَّ التَّقييدَ والإطلاقَ وَرَدا في الحُكم، فلا يَجوزُ أن يكونَ اليُسرى مُرادًا بالنَّصِّ.

(١) سقطت من (هـ).

(٢) من ذلك ما رواه الدارقطني (٣٤٩٤) ثم البيهقي (١٧٢٦٤) عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه: أن أبا بكر رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ أراد أن يقطع رِجلًا بعد اليد والرجل، فقال عمر رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ: السنة اليد.
وانظر الآثار في «سنن» البيهقي ٨/ ٤٧٢ باب السارق يعود فيسرق ثانيًا وثالثًا ورابعًا.

(٣) في (هـ): الأولى.

ولأنَّ السَّارِقَ اسمُ فاعِلٍ، فيَقتَضي مَصدَرًا، وإنَّه اسمُ جِنسٍ، فيَتناوَلُ الأدنى؛ إذ كلُّ السَّرِقات غيرُ مُرادةٍ بالإجماع، وبالفِعل الواحِدِ لا تُقطَع إلا يَدٌ واحِدةٌ، وقد تَعيَّنت اليُمنى بالإجماع، فخَرَجت اليُسرى من أن تكونَ مُرادةً بالنَّصِّ.

وإن كان السّارِقُ أَشَلَّ اليَدِ اليُسرى، أو أَقطَعَ، أو مَقطوعَ الرِّجلِ اليُمنى: لم يُقطَع؛ لأنه يُؤَدّي إلى إتلافه في حَقِّ جِنسِ مَنفعةِ البَطْشِ أو المَشي.

مَنفَعةُ البَطشِ تَفوتُ إذا كانت اليُسرى مَقطوعةً، ومَنفَعةُ المشي تَفوتُ إذا كانت الرِّجلُ اليُمنى مَقطوعةً؛ لأنَّه لا يَقدِرُ على المَشي متى قُطِعت يَدُه ورِجلُه من وِفاقٍ، بخِلاف ما إذا كانت رِجلُه اليُسرى شَلّاءَ، حيث تُقطَع يَدُه اليُمنى؛ لأنَّه حينئذٍ يَتمكَّنُ من المَشي بِعَصًا.

والحاصِلُ: أنَّ الحَدَّ شُرِع زاجِرًا لا مُتلِفًا، ولهذا لا يُقام في الحَرِّ الشَّديدِ والبَردِ الشَّديدِ، ولا في حالة المَرَضِ، وبَقاءُ الشَّخصِ ببَقاء مَنافِعِه، فإذا فاتَت المَنفَعةُ: فكأنَّه فات الشَّخصُ حُكمًا.

وشُبهةُ الإتلافِ فيما يَندَرِئُ بالشُّبُهات كالحَقيقة.

ولا يُقطَع السَّارِقُ إلَّا أن يَحضُرَ المَسروقُ منه، فيطالبَه بالسَّرِقة؛ لتظهَر سَرِقتُه في مال الغَير.

قَولُه: (ولا يُقطَع السَّارِقُ إلا أن يَحضُرَ المَسروقُ منه) ذكَر المَسروقَ منه ليَتناوَل كلَّ من له يَدٌ حافِظةٌ سوى المالِك، كالمُستَعير، والمُستأجِر، والمُضارِب، والمُستَبضِع[1].

(١) الاستبضاع والإبضاع: هو جعل الشيء بضاعة، والمستبضِع بكسر الضاد: صاحب=

ولا بُدَّ من حَضرة المَسروقِ منه في الإقرار والشَّهادةِ عند الأداءِ وعند القَطعِ؛ لأنَّ ظُهورَ فِعلِ السَّرِقةِ لا يكونُ إلا به، فلا بُدَّ أن يكونَ المَسروقُ مَملوكًا لغير السَّارِقِ، فإذا قُطِع قبل حُضورِه كان هذا استيفاءَ الحَدِّ مع الشُّبهة؛ لجَواز أن يُرَدَّ إقرارُه، فيَبقى المالُ مَملوكًا لمن في يده، أو كان أَقَرَّ له بالمِلك بعد شَهادةِ الشهُّودِ.

فإن وَهَبَها من السّارِق، أو باعَها إيّاه، أو انتَقَصت قيمَتُها من النِّصاب: لم يُقطَع؛ لأنه لم توجَد الخُصومةُ عند القَطع.

(وإن وَهبها من السَّارِق) مَعناهُ: إذا سُلِّمَت[1].

(أو نَقَصَت قيمَتُها من النِّصاب) المُرادُ نُقصانُ السِّعرِ، لا نُقصانَ العَينِ؛ لأنَّ كَمالَ النِّصابِ لَمّا كان شَرطًا: يُشتَرَطُ فيه قيامُه عند الإمضاءِ؛ لأنَّ الإمضاءَ من القَضاء، فيَتحَقَّقُ شُبهةُ كونِ العَينِ ناقِصًا في الابتِداء، بخِلاف النُّقصانِ في العَين؛ لأنَّه مَضمونٌ عليه، إمّا بالقَطع، أو بأداء الضَّمانِ، فكَمُل النِّصابُ عَينًا ودَينًا، أمّا نُقصانُ السِّعرِ فغير مَضمونٍ، فافتَرقا، كذا في «الإيضاح».

قَولُه: (لأنَّه لم تُوجَد الخُصومةُ عند القَطعِ) فيه إشارةٌ إلى أنَّ هذه العَوارِضُ إنَّما اعتَرَضت بعد القَضاءِ قبل الاستيفاءِ.

=البضاعة، وبالفتح: حاملها. «التعريفات الفقهية» ص٢٣.

والبضاعة كالمضاربة، إلا أن المضارب يملك البيع والمستبضع لا، إلا إذا كان في لفظه ما يعلم أنه قصد الاسترباح أو نص على ذلك، كذا في وكالة «البزازية»، والظاهر أنها كالوكالة من حيث إن الأصل فيها التقييد، إلا أنه لا يملك الإبضاع والإيداع وبيع ما اشتراه إلا بالتنصيص، بخلاف المضارب. «التبيين» ٧/ ١٧٣. فالمستبضع متبرع بعمله كما في «العناية» ٨/ ٤٧٥.

(١) أي سلمت إليه.

﴿فصلٌ في حكم القطع مع هلاك العين أو تغيّرها﴾

فصل

ومن سَرَق عَينًا فقُطِع فيها ورَدَّها، ثم عاد فسَرَقها وهي بحالِها: لم يُقطَع؛ لأنه فاتَت عِصمَتُه له؛ لأنه صار مَعصومًا لله تعالى، حيث قُطِع يدُه، والقَطعُ حقُّ اللهِ تعالى على الخُلوص.

فإن تَغيَّرت عن حالِها -مثلَ أن يكونَ غَزْلًا فسَرَقه فقُطِع فيه فرَدَّه، ثم نُسِج فعاد فسَرَقه فقُطِع، فعاد فسَرَقَه-: قُطِع؛ لأنه صار شَيئًا آخَر، ألا ترى أن من غَصَب غَزْلًا فنَسَجه انقَطَع حَقُّ المالِكِ عنه!

قَولُه: (لأَنَّه فاتت عِصمَتُه له...) إلى آخِره: اعلَم أنَّ هذا التَّعليلَ مُشتَمِلٌ على ثلاث مُقدِّماتٍ: فَواتِ عِصمةِ العَبدِ، وثُبوتِ العِصمةِ لله تعالى، وكونِ الحَقِّ لله[1]، وبثُبوت المُقدِّمةِ الثّالِثةِ تَثبُتُ المُقدِّمةُ الثّانيةُ والأولى ضَرورةً، والشَّأنُ في تَقرير المُقدِّمةِ الثّالِثةِ، فنَقولُ:

القَطعُ حَقُّ اللهِ تعالى على الخُلوص؛ لأَنَّه سَمّاه جَزاءً، والجَزاءُ ما يَجِبُ لله تعالى على مُقابَلة فِعلِ العَبدِ، فلا يَجِبُ إلا بجِنايةٍ واقِعةٍ على حَقِّه خالِصًا، ومن

(١) أي على الخلوص، وفي (و): وكون القطع حقا لله، وفي (ز): وكون القطع حق الله.

ضَرورته تَحويلُ العِصمةِ إليه؛ لأنَّه لو لم يَسقُط ما للعَبد من الاحتِرام: لَمَا خَلَص الجَزاءُ لله تعالى، فإذا تَحوَّلت العِصمةُ إلى الله تعالى: التَحَق في حَقِّ العَبدِ بما لا قيمةَ له.

ولأنَّ الجَزاءَ اسمٌ لمَشروعٍ كامِلٍ لِما شُرِع له، مَأخوذٌ من جَزى، أي قَضى، وجَزأ -بالهَمز- أي كَفى، وكَمالُه يَستَدعي كَمالَ الجِنايةِ، وذلك بسُقوط عِصمةِ العَبدِ؛ ليَصيرَ المَحَلُّ حَرامًا لعَينه، كالخَمر، إذ لو بَقِي حَقُّ العَبدِ: لكان حَرامًا لغيره، فيكونُ مُباحًا في نَفسه، فلا يَصلُحُ تَناوُلُه سَبَبًا لإيجاب العُقوبةِ التي تَندرِئُ بالشُّبُهات.

وإذا ثَبَت هذا فنَقولُ: بالرَّدِ إلى المالك إن عادت حَقيقةُ العِصمةِ بقيت[1] شُبهةُ سُقوطِ العِصمةِ؛ نَظَرًا إلى اتِّحاد المالِك[2] والعَينِ، فأمّا إذا تَبدَّل العَينُ بالتَّغيُّر والغَزلِ: انتَفت الشُّبهةُ النّاشِئةُ من اتِّحاد المَحَلِّ، فوَجَب القَطعُ ثانيًا.

وإن قُطِع السّارِقُ والعينُ قائِمةٌ في يده: رَدَّها؛ لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «على اليد ما أَخذت حتى تَرُدّ»[3].

وإن كانت هالِكةً: لم يَضمَن عندنا؛ فالقَطعُ مع الضَّمانِ لا يَجتَمِعانِ عندنا.

وعند الشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَجتَمِعانِ؛ لأنه مالٌ مَعصومٌ للمالِك فيَضمن.

ولَنا: أنه مالٌ مَعصومٌ لله تعالى لَمّا قُطِع، فلا يَبقى مَعصومًا للعبد، فلا يَضمن.

قَولُه: (وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَجتَمِعان) لأنَّه أَخذُ مالِ الغَيرِ بغير حَقٍّ، فيَضمَنُ

---

(١) في (و): تثبت.

(٢) في (و): الملك.

(٣) رواه الإمام أحمد (٢٠١٣١)، وأبو داود (٣٥٦١)، والترمذي (١٢٦٦)، والنسائي في «الكبرى» (٥٧٥١)، وابن ماجه (٢٤٠٠).

له، كالغاصِب[1].

ولنا: ما ذَكَرنا من انتِقال العِصمةِ إلى الشَّارِع، وإذا انتَقَلت[2] العِصمةُ: لا يَبقى المَحَلُّ مَعصومًا في حَقِّ المَقطوعِ يَدُه، فلا يَضمَنُ؛ إذ سَبَبُ وُجوبِ الضَّمانِ: أَخذُ مالٍ مُتقوَّمٍ حَقًّا للعبد عند الأخذِ، وهذا لأنَّ اليدَ من الآدميِّ نِصفُه، وضَمانُ العُدوانِ يَنبَني على المُماثَلة بالنَّصِّ[3]، ولا مُساواةَ بينَه وبين عَشَرةِ دراهِمَ، فتَنتَقِلُ العِصمةُ إلى الشَّارِعِ؛ لتَقَع الجِنايةُ على حَقِّ اللهِ تعالى؛ لتَتحقَّقَ المُساواةُ، إذ الجِنايةُ تَتغَلَّظُ بحَسَب المَجنِيِّ عليه.

فإن قيل: متى انتَقَلت العِصمةُ؟ إن قُلتُم: قبل السَّرِقةِ: ففيه سَبقُ الحُكمِ على السَّبَب، وإن قُلتُم: بعد السَّرِقةِ: فهذا غير مُفيدٍ؛ لأنَّ السَّبَبَ صادَف مَحَلًّا مَعصومًا للعبد، وإن قُلتُم: مع السَّرِقةِ: فهو باطِلٌ أيضًا؛ لأنَّ السَّرِقةَ وَقتَ الوُجودِ[4] ليست بمَوجودةٍ، فيكف يَثبُتُ الحُكمُ وَقتَ الوُجودِ؟!

قلنا: تَنتَقِلُ العِصمةُ قُبيل السَّرِقةِ؛ ضَرورةَ استيفاءِ القَطعِ، ولهذا يَجِبُ الضَّمانُ به إذا لم يُستَوفَ القَطعُ[5].

---

(١) في (ز): كالغصب.

(٢) في (هـ): فإذا انتقل، وفي (و): وإذا انتفت.

(٣) أي في قوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ﴾، وقوله سبحانه: ﴿وَإِنۡ عَاقَبۡتُمۡ فَعَاقِبُواْ بِمِثۡلِ مَا عُوقِبۡتُم بِهِۦ﴾، وقوله جل جلاله: ﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَا﴾.

(٤) في (ز): الوجوب. وانظر «التبيين» ٣/ ٢٣٢.

(٥) وجواب «التبيين» ٣/ ٢٣٢: قلنا: انتقلت العصمة قبيل السرقة متصلًا بالسرقة؛ لتنعقد السرقة موجبةً للقطع، ويجوز سبق الحكم على السبب إذا كان ذلك الحكم شرط صحة ذلك السبب، كما في قوله: أعتق عبدك عني بألف درهم، فقال: أعتقت، يثبت الملك مقتضًى للعتق سابقًا عليه،=

وإن ادَّعى السّارِقُ أن العينَ المَسروقةَ مِلكُه: سَقَط القَطعُ عنه، وإن لم يُقِم بيِّنةً؛ لأن الشُّبهةَ كافِيةٌ لدَرْء الحَدّ.

قَولُه: (وإذا ادَّعى السَّارِقُ أنَّ العَينَ المَسروقةَ مِلكُه...) مَعناهُ: بعدما شَهِد الشَّاهدانِ بالسَّرِقة، ويَدُلُّ عليه قَولُه: (سَقَط القَطعُ)؛ لأنَّ السُّقوطَ يَعتَمِدُ[1] سابِقةَ الوُجوبِ، وهذا لأنَّه بمُجرَّد الدَّعوى تَتحَقَّقُ الشُّبهةُ.

= ضرورة صحة العتق عنه، فكذا هذا.

فإن قيل: إذا انتقلت العصمة ولم يبق حق المالك فكيف يشترط خصومته؟

قلنا: ما شرط المالك لذاته، بل لإظهار السرقة، وليتمكن الإمام من القطع، حتى لو وجدت الخصومة من غير مالك اكتفى به على ما مر. انتهى.

(١) في (هـ): يقتضي.

فصلٌ «في قطعِ الطَّريق»

فصل

وإذا خَرَج جَماعةٌ مُمتَنِعين، أو أحَدٌ يَقدِرُ على الامتِناع، فقَصَدوا قَطْعَ الطَّريق، فأُخِذوا قبل أن يَأخُذوا مالًا، أو يَقتُلوا نَفسًا: حبَسَهُم الإمامُ حتى يُحدِثوا تَوبةً.

شَرَط أن تكونَ الجَماعةُ ذاتَ مَنَعةٍ: لأنَّ قُطّاعَ الطَّريقِ مُحارِبون بالنَّصِّ[1]، والمُحارَبةُ إنَّما تكونُ عادةً من قَومٍ لهم مَنَعةٌ وشَوكةٌ.

وإن أخذوا مالًا من مُسلِمٍ أو ذِمِّيٍّ -والمَأخوذُ إذا قُسِم على جَماعَتِهم أصاب كلَّ واحِدٍ منهم عَشَرةُ دَراهِمَ فصاعِدًا، أو ما يَبلُغُ قيمَتُه[2] ذلك-: قَطَع الإمامُ أيدِيَهم وأرجُلَهم من خِلافٍ.

وشَرَط أن يكونَ المَأخوذُ مالَ مُسلِمٍ أو ذِمِّيٍّ: لتكونَ العِصمةُ المُؤبَّدةُ ثابِتةً، فإنَّهم إذا قَطَعوا الطَّريقَ على المُستأمَنينَ: لا يُقامُ عليهم الحَدُّ.

---

(١) أي بقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسۡعَوۡنَ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوۡ يُصَلَّبُوٓاْ أَوۡ تُقَطَّعَ أَيۡدِيهِمۡ وَأَرۡجُلُهُم مِّنۡ خِلَٰفٍ أَوۡ يُنفَوۡاْ مِنَ ٱلۡأَرۡضِۚ ذَٰلِكَ لَهُمۡ خِزۡيٞ فِي ٱلدُّنۡيَاۖ وَلَهُمۡ فِي ٱلۡأٓخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾.

وانظر الآثر في كون المراد منهم المحاربين في «تفسير» الطبري ٨/ ٣٦٩.

(٢) في (أ): قيمة.

قَولُه: (من خِلافٍ) أي تُقطَع يَدُه اليُمنى ورِجلُه اليُسرى.

وإن قَتلوا ولم يَأخُذوا مالًا: قَتلهم الإمامُ حَدًّا..

قَولُه: (قَتلهم حَدًّا) لأنَّه وَجَب في مُقابَلة الجِنايةِ على حَقِّ اللهِ تعالى؛ لأنَّ المُسافِرَ في المَفاوِزِ في أمانِ اللهِ تعالى وحِفظِه(١).

وعند الشافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الواجِبُ قِصاصٌ.

---

(١) يشير المصنف إلى ما صرح به في «الكافي» من حديث النبي عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «الْمُسافِرُ ومَتاعُه على قَلَتٍ إلا ما وَقاه اللهُ تَعالى».

قال في «التلخيص الحبير» ٣/ ٢١١: رواه السِّلفي في «أخبار أبي العلاء المعري» -وبلفظ قريب أيضًا في «الطيوريات» له (١٠٤٢)- قال: أنا الخليل بن الجبار، أنا أبو العلاء أحمد بن عبد الله بن سليمان المعري بها، ثنا أبو الفتح أحمد بن الحسن بن روح، نا خيثمة بن سليمان، نا أبو عتبة، نا بشر بن زاذان الدارسي، عن أبي علقمة، عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لو علم الناس رحمة الله بالمسافر؛ لأصبح الناس وهم على سفر، إن المسافر ورحله على قَلَتٍ، إلا ما وقى الله». قال الخليل: والقَلَت: الهلاك.

قلت: وكذا أسنده أبو منصور الديلمي في مسند «الفردوس» (٥٠٥٦) من هذا الوجه من غير طريق المعري، وكذا ذكره أبو الفرج المعافى القاضي الهرواني في كتاب «الجليس والأنيس» له بعد أن ذكره مرفوعًا عن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، لكن لم يسق له إسنادًا، أورده في المجلس الخامس والعشرين عقب قول كثير:

بغاث الطير أكثرها فراخًا ... وأم الصقر مقلاة نزور

قال: المقلاة: التي لا يعيش لها ولد، والقلت بفتح اللام: الهلاك، ومنه ما روي عن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «المسافر وأهله على قَلَت، إلا ما وقى الله». وقد أنكره النووي في «شرح المهذب» فقال: ليس هذا خبرًا عن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وإنما هو من كلام بعض السلف، قيل: إنه علي بن أبي طالب، قلت: وذكره ابن قتيبة في «غريب الحديث» عن الأصمعي عن رجل من الأعراب.

لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسْعَوْنَ فِى ٱلْأَرْضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوْ يُصَلَّبُوٓاْ أَوْ تُقَطَّعَ﴾ [المائدة:٣٣]، يعني: الذي قَتَل يُقتَل، والذي أَخَذ المالَ ولم يَقتُل: يُقطَعُ يَدُه ورِجلَه من خِلاف، والذي أَخاف وهَدَّد: يُنفى من الأَرض بالحَبس.

فإن قَتَلوا فعَفا الأَولياءُ: لم يُلتَفت إلى عَفوِهِم؛ لأنه حَدٌّ.

قَولُه تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ﴾ [المائدة:٣٣]: **قيل: المُرادُ:** يُحارِبون أولياءَ اللهِ؛ فإنَّ أَحَدًا لا يُحارِبُ اللهَ.

وقيل: بل المُرادُ بَيانُ أنَّ قاطِعَ الطَّريقِ كأَنَّه يُحارِبُ اللهَ؛ لأَنَّه يَتعرَّضُ لمن هو في أمان اللهِ تعالى.

وأمّا الكَلامُ في صِفة المُحارِبِ: فهو الخارِجُ إذا كانت له مَنَعةٌ، فكلُّ من خَرَج في غير مِصرٍ بسِلاحٍ، أو خَشَبٍ، وله مَنَعةٌ: فهو مُحارِبٌ، ومن فَعَل ذلك في المِصر: فليس بمُحارِبٍ.

ثم هذا الحَدُّ مَشروعٌ على التَّرتيب عندنا.

وعند مالكٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: على التَّخيير؛ لظاهِرِ حَرفِ (أو).

قُلنا نحن: هذه ذُكِرت على سَبيل المُقابَلةِ بالمُحارَبة، والمُحارَبةُ مَعلومةٌ بأنواعها عادةً، بتَخويفٍ، أو أَخذِ مالٍ، أو قَتلٍ، أو قتلٍ وأَخذِ مالٍ، فاستَغنى عن بَيانها، واكتَفى بإطلاقها، فصارت أنواعُ الجَزاءِ مُقابَلةً بأنواع المُحارَبةِ، فأَوجَب التَّقسيمَ على حَسَب أحوالِ[1] الجِنايةِ، وتَفاوتِ الأَجزيةِ، إذ يَستَحيلُ أن يُقال عند غِلَظِ الجِنايةِ: يُعاقَب بأَخَفِّ الأنواع، وعند خِفَّتها: بأَغلَظ الأنواعِ.

(١) في (و): أحوال أنواع.

والمُرادُ بالنَّفي المَذكورِ في الآيَة: الحَبسُ للمُخَوِّف[1]؛ لأنَّه إمّا أن يكونَ المُرادُ نَفيَه عن جَميعِ الأرض، وذلك لا يَتحَقَّقُ ما دام حَيًّا، أو المُرادُ نَفيُه من بَلدَته إلى بَلدةٍ أُخرى، وبه لا يَحصُلُ المَقصودُ، وهو دَفعُ أذيَّتِه عن النّاس، أو المُرادُ نَفيُه عن دار الإسلامِ إلى دار الحَربِ، وفيه تَعريضٌ للرِّدّة، فعَرَفنا أنَّ المُرادَ نَفيُه من[2] جَميع الأرضِ، إلا مَوضِعَ حَبسِه؛ فإنَّ المَحبوسَ يُسَمّى خارِجًا من الدُّنيا، قال القائِلُ[3]:

خَرَجنا من الدُّنيا ونحنُ مِنَ اَهْلها ... فلَسنا من الأحياء فيها ولا المَوتى

إذا جاءنا السَّجّانُ يَومًا لحاجةٍ ... عَجِبنا! وقُلنا جاء هذا من الدُّنيا[4]

وإن قَتَلوا وأَخذوا المال: فالإمام بالخِيار:

(وإن قَتَلوا وأَخَذوا المالَ...) إلى آخِره: المَذكورُ قَولُ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وعندهما: يُقتَلُ أو يُصلَبُ، ولا يُقطَع؛ لأنَّه اجتَمَع عليه العُقوبةُ في النَّفس وما دونَها، فيَتداخَلُ، كحَدِّ السَّرِقةِ والرَّجمِ.

---

(١) في (و): المخوف.

(٢) في (هـ) و(و): عن.

(٣) هو صالح بن عبد القدوس، والبيتان في «ديوانه» ص١٣٧.

ونسبه الجاحظ في «المحاسن والأضداد» ص٧١ لعبد الله بن معاوية بن عبد الله بن جعفر بن أبي طالب رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُم.

(٤) أي خرجنا من الدنيا من حيث المعنى إذ لا ننتفع بها، ونحن من أهل الدنيا من حيث الحقيقة إذ نحن على وجه الأرض، فلسنا من الأحياء الذين ينتفعون بحياتهم، ولا من الموتى الذين تخلصوا من محن الدنيا، فإذا جاءنا صاحب السجن قلنا: جاء هذا من الدنيا: أي هو يتقلب فيها حيث يشاء ونحن موقوفون في مكان واحد. «الطلبة» ص٧٦.

وله: أنَّ مَبنى هذا الحَدِّ على التَّغليظ، والقَطعُ ثُمّ القَتلُ أقربُ إليه، فكان للإمام أن يَختارَ ذلك.

إن شاء قَطَع أيدِيَهم وأرجُلَهم من خِلافٍ، وقَتَلهم وصَلَبهم، أما القَطعُ: فبأَخْذ المال، والقَتلُ والصَّلبُ: بالقتل.

وإن شاء قَتلهُم.

وإن شاء صَلَبَهم حَيًّا، ويُبعَجُ بَطنُه برُمْحٍ إلى أن يَموت.

ولا يُصلَبُ أكثَرَ من ثلاثة أيّام؛ لأنه يُؤدّي إلى إيذاء النّاس بنَتْنِه.

قَولُه: (وقَتَلهم وصَلَبهم) الواوُ بمَعنى: (أو)، وكذا الواوُ في قَوله: (والقَتلُ والصَّلبُ)، بدَليل قَولِه: (وإن شاء قَتَلهم، وإن شاء صَلَبهم)، وهذا واضِحٌ في «المَبسوط» و«الجامِع الصَّغيرِ» لفَخر الإسلامِ رَحِمَهُ اللَّهُ، فإنَّه لا يَجوزُ له الشُّمولُ[1].

البَعجُ: شَقُّ البَطنِ.

فإن كان فيهم صَبِيٌّ، أو مَجنونٌ، أو ذو رَحِمٍ مَحرَمٍ من المَقطوع عليه: سَقَط الحَدُّ عن الباقِين؛ لأن شِرْكَتَه أَورَثت شُبهةً، فصار القَتْلُ للأَولياء، إن شاؤوا قَتَلوا، وإن شاؤوا عَفَوا؛ لأن الحَدَّ ساقِطٌ، وهذا قِصاصٌ.

وإن باشَر القَتْلَ واحِدٌ منهم: أُجرِي الحَدُّ على جَماعَتِهم؛ لأن القاتِلَ إنما يُمكِنُه القَتلُ بقُوَّة الرِّدْء.

قَولُه: (وإن كان منهم) أي من المَقطوع (صَبيٌّ، أو مَجنونٌ...) إلى آخِره: وإنَّما

(١) قوله: (فإنه لا يجوز له الشمول) مثبت من (ز).

أَورَثَت شِركتُه شُبهةً: لأنَّه جِنايةٌ واحِدةٌ، وهو قَطعُ الطَّريقِ، وقد قامَت[1] بالكلِّ، فإذا لم يَقَع فِعلُ بعضِهم مُوجِبًا: كان فِعلُ الباقين بعضَ العِلّةِ، وبه[2] لا يَثبُتُ الحُكمُ، كما إذا رَمى واحِدٌ سَهمًا إلى إنسانٍ عَمدًا، وآخَرُ خَطَأً، فمات: لا يَجِبُ القِصاصُ.

❁❁❁

ثمّ الحُدودُ لَمّا كانت حَسَنةً لمَعنًى في غيرِها -وذلك الغَيرُ يَتأدّى بفِعل المَأمورِ به-: فكذا الجِهادُ.

ولأنَّ في قَطع الطَّريقِ ذِكرَ مُحارَبةِ أعداءِ اللهِ ورَسولِه مع أولياء الله تعالى ورَسولِه.. ذَكَر بعدَه مُحارَبةَ أولياءِ اللهِ تعالى ورَسولِه مع أعداء اللهِ ورَسولِه.

ولأنَّ القَصدَ من الحُدود: إخلاءُ العالَم من المَعاصي، والمَقصِدَ من الجِهاد: إخلاءُ العالَم عن رَأس المَعاصي وهو الكُفرُ، واللهُ أعلَمُ.

---

(١) في (و): فاتت.

(٢) في (ز): وإنه.

كتابُ السِّيَرِ

كتاب السِّيَر

اعلَم أنَّ المَأمورَ به أنواعٌ أربعةٌ:

ما حَسُن لمَعنًى في نَفسه وَضعًا، كالإيمان بالله(١).

وما حَسُن لمَعنًى في نَفسه شَرعًا، كالصَّوم والزَّكاةِ(٢).

(١) في (هـ) و(ز): (كالإيمان بالصلاة). والإيمان والصلاة حسنانِ لمعنًى في نفسيهما.

وعَلَّل هذا الحُسنَ في الصلاة في «تقويم الأدلة» ص٤٤ فقال: لأنها تتأدى بأفعال وأقوال وضعت للتعظيم في الشاهد، والتعظيم حسن في نفسه في حق المعظم، إلا أن يكون في غير حينه أو حاله، فيشوبه القُبح لذلك المعارض، ولهذا كانت الصلاة حسنةً دائمةً، واستقبحت لأوقاتٍ مخصوصةٍ وأحوالٍ، فنهينا عنها. انتهى.

(٢) لأن الزكاة تمليك المال للفقير على سبيل الكفاية بأمر الله تعالى، ولا يتم هذا العمل عملًا لله تعالى إلا بواسطة الفقير المحتاج.

والصوم: كف النفس الشهوانية عن اقتضاء شهوة البطن والفرج بأمر الله تعالى، ما يتم عملًا لله تعالى إلا بالنفس الشهوانية.

والحج: زيارة البقعة المعظمة على سبيل التعظيم بأمر الله تعالى، ما يتم عملًا لله تعالى إلا بواسطة البقعة المعظمة. =

وما حَسُن لمَعنًى في غيره، وذلك الغَيرُ لا يَتأدَّى بفِعل المَأمورِ به، كالسَّعي[1] والوُضوءِ[2].

وما حَسُن لمَعنًى في غيره، لكنَّ ذلك الغَيرَ يَتأدّى بفِعل المَأمورِ به، كالجِهاد، وصَلاةِ الجَنازةِ، وإقامةِ الحُدودِ[3].

= غير أن احتياج الفقير إلى الكفاية كان بخلق الله تعالى إياه على صفةٍ لا يبقى إلا بالكفاية، واشتهاء النفس كذلك بخلق الله تعالى، وكذلك شرف المكان وفضله كان بخلق الله تعالى.

ولما حسنت هذه الأفعال من حيث إن في الزكاة إغناءَ عباد الله تعالى المحتاجين، وفي الصوم قهر النفس التي هي عدو الله تعالى، وفي الحج تعظيم شعائر الله تعالى، وهذه الأفعال بهذه الوسائط حسنةٌ في الشاهد لمن وقعت له، والوسائط تثبت وسائط بخلق الله تعالى، فصارت حسنةً من العبد للرب عزت قدرته بلا ثالث معنًى.

فالوسائط لما ثبتت لله تعالى كانت مضافةً إليه، ولم يبق للواسطة عبرة حكمًا، فصارت كأفعال الصلاة التي حسنت لأنها في نفسها تعظيم للمفعول له. «تقويم الأدلة» ص٤٥.

(١) أي إلى صلاة الجمعة كما في «تقويم الأدلة» ص٤٥. وفي (هـ): كالبيع.

(٢) فالوضوء والسعي إلى الجمعة والغسل تبرُّدٌ وتطَهُّرٌ عادةً، وإنما انقلب عبادةً شرعيةً وعملًا لله من حيث إنه مفتاح الصلاة المشروعة لله تعالى، ألا ترى أن الوضوء لا يلزم من لا صلاة عليه، وإن كان محدثًا؟! وكذلك لا يجب قبل مجيء وقت الصلاة.

وكذلك السعي إلى الجمعة حسن؛ لأنه سبب لإمكان إقامة الجمعة، فأما هو في نفسه فعمل مباح، والجمعة التي هي الحسنة لا تحصل بالسعي ولا بالوضوء، بل بعدهما بفعل مقصود لها. «تقويم الأدلة» ص٤٥.

(٣) فالقتال فسادٌ، وما حسن إلا لما فيه من إعلاء كلمة الله تعالى وكبت أعدائه ودفع قتالهم، فحَسُن بواسطة العدو، وإن كان عدوًّا بمعصية كانت منه باختياره، فصارت الواسطة واسطةً بسببٍ مضافٍ إلى الكافر، فصار حسنًا لمعنًى في غير العبادة.

فالعبادة تتم بالعبد للرب تعالى، فتكون الواسطة المضافة إلى غير الله تعالى غير فعل العبادة=

السِّيَرُ: جَمعُ سيرةٍ، وبه سُمِّي هذا الكِتابُ؛ لأنَّه بُيِّنَ فيه سيرةُ المُسلِمين في المُعامَلة مع المُشرِكين من أهل الحَربِ، والمُرتَدِّينَ الذين[1] هم أخبَثُ الكُفّارِ بالإنكار بعد الإقرارِ، ومع أهل البَغيِ الذين حالُهم دون حالِ المُشرِكين، وإن كانوا مُجاهِدين[2]، وفي التَّأويل مُبطِلين[3].

الجِهادُ فَرضٌ على الكِفاية، قال الله تعالى: ﴿قَٰتِلُواْ ٱلَّذِينَ لَا يُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَلَا بِٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِ﴾ [التوبة:٢٩]، وقال تعالى: ﴿ٱنفِرُواْ خِفَافٗا وَثِقَالٗا وَجَٰهِدُواْ بِأَمۡوَٰلِكُمۡ وَأَنفُسِكُمۡ﴾ [التوبة:٤١]، وغيرُها من الآيات الوارِدةِ في الجِهاد[4].

الجِهادُ: بَذلُ الطَّاقةِ، وتَحمُّلُ المَشَقّةِ، مَصدرٌ من قَولك: جاهَدتُ العَدُوَّ

=صورةً ومعنًى.

وكذلك إقامة الحدود إضرار وإفساد، وإنما حسُنت لأنها زاجر عن المعاصي، فحسن بواسطة المعاصي، وإنما كان عاصيًا لمعنًى مضافٍ إليه. «تقويم الأدلة» ص٤٥.

(١) سقطت من (هـ).

(٢) سقطت هذه الجملة من (ز). وفي «المبسوط» ١٠/ ٢ و«الكافي» ٥/ ٣٨٨: (جاهلين) وهو الأقرب والله تعالى أعلم، وإن كان بلفظ الجهاد فمعناه فيما يزعمونه، أو عن كان خروجهم بحق، ولكنه على هذا الأخير مشكل بتسميتهم بغاةً.

(٣) في (هـ): متطلبين.

(٤) كقوله تعالى: ﴿أُذِنَ لِلَّذِينَ يُقَٰتَلُونَ بِأَنَّهُمۡ ظُلِمُواْۚ وَإِنَّ ٱللَّهَ عَلَىٰ نَصۡرِهِمۡ لَقَدِيرٌ﴾، وقوله سبحانه: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَٱلَّذِينَ هَاجَرُواْ وَجَٰهَدُواْ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ أُوْلَٰٓئِكَ يَرۡجُونَ رَحۡمَتَ ٱللَّهِۚ وَٱللَّهُ غَفُورٞ رَّحِيمٞ﴾، وقوله جل جلاله: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ هَلۡ أَدُلُّكُمۡ عَلَىٰ تِجَٰرَةٖ تُنجِيكُم مِّنۡ عَذَابٍ أَلِيمٖ ۝١٠ تُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ وَتُجَٰهِدُونَ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ بِأَمۡوَٰلِكُمۡ وَأَنفُسِكُمۡۚ ذَٰلِكُمۡ خَيۡرٞ لَّكُمۡ إِن كُنتُمۡ تَعۡلَمُونَ ۝١١ يَغۡفِرۡ لَكُمۡ ذُنُوبَكُمۡ وَيُدۡخِلۡكُمۡ جَنَّٰتٖ تَجۡرِي مِن تَحۡتِهَا ٱلۡأَنۡهَٰرُ وَمَسَٰكِنَ طَيِّبَةٗ فِي جَنَّٰتِ عَدۡنٖۚ ذَٰلِكَ ٱلۡفَوۡزُ ٱلۡعَظِيمُ ۝١٢ وَأُخۡرَىٰ تُحِبُّونَهَاۖ نَصۡرٞ مِّنَ ٱللَّهِ وَفَتۡحٞ قَرِيبٞۗ وَبَشِّرِ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ﴾.

مُجاهدةً وجِهادًا.

قَولُه تعالى: ﴿ٱنفِرُواْ خِفَافٗا وَثِقَالٗا﴾ أي اخرُجوا إلى الجِهاد، خِفافًا: شُبّانًا أغنياءَ، وثِقالًا: شُيوخًا فُقراءَ.

والآيتانِ لبَيان إثباتِ نَفسِ[1] الفَرْضيّةِ؛ لا لإثبات صِفةِ الكِفايةِ؛ لأنَّ الآيةَ الأخيرةَ تَدُلُّ على أنَّها فَرضُ عَينٍ.

قَولُه: (الآياتُ الوارِدةُ في الجِهاد كَثيرةٌ) فمنها: قَولُه تعالى: ﴿وَقَٰتِلُوهُمۡ حَتَّىٰ لَا تَكُونَ فِتۡنَةٞ﴾ [البقرة:١٩٣] ، وقَولُه: ﴿وَٱقۡتُلُوهُمۡ حَيۡثُ ثَقِفۡتُمُوهُمۡ﴾ [البقرة:١٩١] ، وقَولُه: ﴿وَقَٰتِلُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ كَآفَّةٗ﴾ [التوبة:٣٦].

فإذا قام به فَريقٌ من النّاس: سَقَط عن الباقِين؛ لأن المَقصودَ هو إعلاءُ كلمةِ اللهِ تعالى، وإن لم يَقُم به أحَدٌ: أَثِم جَميعُ النّاسِ بتَركه؛ لعُموم الخِطاب[2].

وقَولُه: (إذا قام به فَريقٌ) تَفسيرُ فَرضِ الكِفايةِ؛ لأنَّ فَرضَ العَينِ لا يَسقُطُ بإقامة البَعضِ، بل يُخاطَبُ كلُّ فَردٍ بإقامته، كالصَّلاة.

قَولُه: (لأنَّ المَقصودَ إعلاءُ كَلامِ اللهِ تعالى) المَقصودُ من الجِهاد: إعزازُ دِينِ اللهِ، وكَسرُ شَوكةِ المُشرِكين، ولهذا صار حَسَنًا، وإلا فنَفسُه تَعذيبُ عِبادِ اللهِ، وتَخريبُ بِلادِ اللهِ، فإذا حَصَل المَقصودُ بالبَعض: سَقَط عن الباقين، وهذا لأنَّه لو جُعِل فَرضًا في كلِّ وَقتٍ على كلِّ أحَدٍ: لعاد على مَوضوعه بالنَّقص، فالمَقصودُ أن يَأمَنَ المُسلِمون، ويتَمكَّنوا من القِيام بمَصالح دِينهم ودُنياهم، فإذا اشتَغَل الكُلُّ

(١) في (ز): نفي.

(٢) أي الخطاب الوارد في الآيات أعلاه.

بالجِهاد لم يَتفرَّغوا لذلك.

وقِتالُ الكُفَّارِ واجِبٌ، وإن لم يَبدَؤُونا بالقتال؛ لقوله تعالى: ﴿فَٱقۡتُلُواْ[1] ٱلۡمُشۡرِكِينَ حَيۡثُ وَجَدتُّمُوهُمۡ﴾ [التَّوبَة:٥].

قَولُه: (وقِتالُ الكُفّارِ واجِبٌ، وإن لم يَبدؤوا) اعلَم أنَّ رَسولَ اللهِ صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ كان مَأمورًا في الابتِداء بالصَّفح والإعراضِ عن المُشركين[2]، ثمَّ أُمِر بالدُّعاء إلى الدِّين بالمَوعظة والمُجادَلةِ بالأحسَن[3]، ثمَّ أُمِر بالقِتال إذا كانت البِدايةُ منهم[4]، ثمَّ أُمِر بالبِداية بالقِتال، فقال: ﴿فَٱقۡتُلُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ حَيۡثُ وَجَدتُّمُوهُمۡ﴾ [التَّوبَة:٥].

واستَقرَّ الأمرُ عليه، وصار مَشروعًا في جَميع الأوقاتِ، وصار حُرمةُ القِتالِ في أشهُر الحَرَم مَنسوخةً[5].

(١) في الأصول: اقتلوا.

(٢) من ذلك قوله تعالى: ﴿ٱتَّبِعۡ مَآ أُوحِيَ إِلَيۡكَ مِن رَّبِّكَۖ لَآ إِلَٰهَ إِلَّا هُوَۖ وَأَعۡرِضۡ عَنِ ٱلۡمُشۡرِكِينَ﴾، وقوله سبحانه: ﴿فَٱصۡفَحۡ عَنۡهُمۡ وَقُلۡ سَلَٰمٞۚ فَسَوۡفَ يَعۡلَمُونَ﴾.

(٣) من ذلك قوله تعالى: ﴿وَإِذَا قِيلَ لَهُمۡ تَعَالَوۡاْ إِلَىٰ مَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ وَإِلَى ٱلرَّسُولِ رَأَيۡتَ ٱلۡمُنَٰفِقِينَ يَصُدُّونَ عَنكَ صُدُودٗا ۝٦١ فَكَيۡفَ إِذَآ أَصَٰبَتۡهُم مُّصِيبَةُۢ بِمَا قَدَّمَتۡ أَيۡدِيهِمۡ ثُمَّ جَآءُوكَ يَحۡلِفُونَ بِٱللَّهِ إِنۡ أَرَدۡنَآ إِلَّآ إِحۡسَٰنٗا وَتَوۡفِيقًا ۝٦٢ أُوْلَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ يَعۡلَمُ ٱللَّهُ مَا فِي قُلُوبِهِمۡ فَأَعۡرِضۡ عَنۡهُمۡ وَعِظۡهُمۡ وَقُل لَّهُمۡ فِيٓ أَنفُسِهِمۡ قَوۡلَۢا بَلِيغٗا﴾، وقوله سبحانه: ﴿ٱدۡعُ إِلَىٰ سَبِيلِ رَبِّكَ بِٱلۡحِكۡمَةِ وَٱلۡمَوۡعِظَةِ ٱلۡحَسَنَةِۖ وَجَٰدِلۡهُم بِٱلَّتِي هِيَ أَحۡسَنُۚ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعۡلَمُ بِمَن ضَلَّ عَن سَبِيلِهِۦ وَهُوَ أَعۡلَمُ بِٱلۡمُهۡتَدِينَ﴾،

(٤) من ذلك قوله تعالى: ﴿أُذِنَ لِلَّذِينَ يُقَٰتَلُونَ بِأَنَّهُمۡ ظُلِمُواْۚ وَإِنَّ ٱللَّهَ عَلَىٰ نَصۡرِهِمۡ لَقَدِيرٌ﴾.

(٥) يشير إلى قوله تعالى: ﴿فَإِذَا ٱنسَلَخَ ٱلۡأَشۡهُرُ ٱلۡحُرُمُ فَٱقۡتُلُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ حَيۡثُ وَجَدتُّمُوهُمۡ وَخُذُوهُمۡ وَٱحۡصُرُوهُمۡ وَٱقۡعُدُواْ لَهُمۡ كُلَّ مَرۡصَدٖۚ فَإِن تَابُواْ وَأَقَامُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتَوُاْ ٱلزَّكَوٰةَ فَخَلُّواْ سَبِيلَهُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٞ﴾. وانظر نسخ هذه الآية في «الاعتبار» للحازمي ص٢١٥ باب النهي عن قتال المشركين في=

ولا يَجِبُ الجِهادُ على صَبِيٍّ، ولا على امرأةٍ، ولا على أعمَى، ولا مَجنونٍ، ولا مُقعَدٍ، ولا على أقطَعَ؛ لقوله تعالى: ﴿لَّيْسَ عَلَى ٱلْأَعْمَىٰ حَرَجٌ وَلَا عَلَى ٱلْأَعْرَجِ...﴾ الآيةَ [النّور:٦١].

اهتَمَّ أصحابُ الأعذارِ بنُزول آيةِ المُخَلَّفين، فنَزَل قَولُه تعالى: ﴿لَّيْسَ عَلَى ٱلْأَعْمَىٰ حَرَجٌ﴾ الآيةَ[1].

ولَمّا لم يَجِب على الأعمى والمَريضِ: لم يَجِب على الصَّبيِّ والمَرأةِ دَلالةً؛ لأنَّ الأعمى مُخاطَبٌ بكَثيرٍ من العبادات، والصَّبِيُّ ليس بمُخاطَبٍ أصلًا، وفي تكليف المَرأةِ تَفويتُ حَقِّها حَقِّ زَوجِها، وحَقُّ العَبدِ مُقدَّمٌ على حَقِّ الشَّرعِ؛ لحاجَته.

وإن هَجَم العَدُوُّ على بَلَدٍ: وَجَب على جَميع النّاسِ الدَّفعُ، تَخرُجُ المَرأةُ بغير إذنِ زَوجِها، والعَبدُ بغير إذنِ سَيِّدِه؛ لأنه صار فَرْضَ عينٍ كالصَّلاة، فيجِبُ الخُروجُ لدَفع الشَّرِّ عن الأنفُس، أو القِتالِ في سَبيل الله.

قَولُه: (وهو دَفعُ الشَّرِّ عن الأنفُسِ، أو القِتالُ في سَبيل اللهِ) أي فَرْضيّةُ الجِهادِ لهذين المَعنَيين، وهو فَرضٌ على الكُلِّ، ولهذا إذا لم يَقُم به أحَدٌ: يَأثَمُ جَميعُ النَّاسِ بتَركه، لكنَّ هذا المَقصودَ -وهو دَفعُ الشَّرِّ والقِتالُ في سَبيل الله تعالى- إذا حَصَل بالبَعض: جَعلناه فَرضَ كِفايةٍ، وإذا لم يَحصُل المَقصودُ إلا بإقامة الكُلِّ -بأن كان

=الأشهر الحرم ونسخ ذلك، و«الناسخ والمنسوخ» للنحاس ص١٢١.

(١) روى الطبري في «تفسيره» ٢١/ ٢٧١ بعد تفسير آية المخلفين: عن قتادة قال: ثم عذر الله أهل العذر من الناس فقال: ﴿لَّيْسَ عَلَى ٱلْأَعْمَىٰ حَرَجٌ وَلَا عَلَى ٱلْأَعْرَجِ حَرَجٌ وَلَا عَلَى ٱلْمَرِيضِ حَرَجٌ﴾.

وروى الطبراني (٤٩٢٦) عن زيد بن ثابت قال: كنت أكتب لرسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وإني لواضع القلم على أذني إذ أمر بالقتال، إذ جاء أعمى فقال: كيف بي وأنا ذاهب البصر؟ فنزلت: ﴿لَّيْسَ عَلَى ٱلْأَعْمَىٰ حَرَجٌ﴾.

النَّفيرُ عامًّا-: يَصيرُ فَرضَ عَينٍ؛ ليَحصُلَ المَقصودُ.

قال الشَّيخُ الإمامُ بَدرُ الدِّينِ رَحِمَهُ اللَّهُ: إذا وَقَع النَّفيرُ من قِبَل أهلِ الرُّومِ: فعلى كلِّ من يَقدِرُ على القِتال أن يَخرُجَ إلى الغَزو إذا[1] مَلَك الزَّادَ والرَّاحِلَةَ، وإذا سُبِيَت المَرأةُ بالمَشرق: كان على أَهل المَغرِبِ أن يَستَنقِذوها ما لم يُدخِلوها دار[2] الحَربِ.

وإذا دَخَل المُسلِمونَ دارَ الحَربِ وحاصَروا مَدينةً أو حِصْنًا: دَعَوهُم إلى الإسلام، فإن أجابوا: كَفُّوا عن قِتالهم؛ لقوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أُمِرتُ أن أُقاتِلَ النَّاسَ حتى يَقولوا: لا إله إلا الله، فإذا قالوها: عَصَموا مِنّي دِماءَهُم وأَموالَهم»[3].

قَولُه عَلَيْهِ السَّلَامُ: «أُمِرتُ أن أُقاتِلَ النّاسَ...» الحَديثَ: قال الأستاذُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: بهذه[4] الكَلِمةِ يَصيرُ مُسلِمًا[5] في حَقِّنا إذا لم يُصَدِّق بالقَلب؛ لأَنَّه قال: «عَصَموا مِنّي»، ولم يَقُل: عَصَموا من الله، وكان كافِرًا عند اللهِ خالِدًا مُخَلَّدًا في النَّار.

وتُقبَل منه هذه الكَلِمةُ وإن لم يُقِرَّ بمُحمّدٍ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ[6]؛ لأن مُعتَقدَهم لَمّا

(١) في (هـ): وإذا.

(٢) في (و): إلى دار.

(٣) روى البخاري (٢٥) ومسلم (٢٢) عن ابن عمر: أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله، وأن محمدًا رسول الله، ويقيموا الصلاة، ويؤتوا الزكاة، فإذا فعلوا ذلك عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحق الإسلام، وحسابهم على الله».

وروى البخاري (٣٩٢) عن أنس بن مالك قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله، فإذا قالوها، وصلوا صلاتنا، واستقبلوا قبلتنا، وذبحوا ذبيحتنا، فقد حرمت علينا دماؤهم وأموالهم إلا بحقها، وحسابهم على الله».

(٤) في (ز): من قال بهذه.

(٥) في (و) و(ز): مسلمًا ظاهرًا.

(٦) أي يكفي لإقامة الحكم قوله: لا إله إلا الله، ولا ننظر منه ركن الشهادة الثاني لأنه داخل=

كان الشِّركَ فقبولُهم هذه الكَلِمةَ دَليلٌ أنهم صَدَّقوا مُحمّدًا صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ وأقرُّوا به، واللهُ أعلَمُ.

فإن امتَنَعُوا: دَعَوهُم إلى أداء الجِزية.

فإن بَذَلوها: فلهُم ما للمُسلِمين، وعليهم ما على المُسلِمين، كما قال عليٌّ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ: إنما بَذَلوا الجِزيةَ ليكونَ دِماؤُهم كدمائنا، وأموالُهم كأموالنا[1].

قَولُه: (فإن امتَنَعوا: دَعَوهم إلى أداء الجِزيةِ) هذا في حَقِّ من يُقبَل منه الجِزيةُ من أهل الكِتابِ وغيرِهم[2]، ومَن لا تُقبَل منهم -كالمُرتَدّين وعَبَدةِ الأوثانِ من العَرَب- لا فائِدةَ في دُعائهم إلى قَبول الجِزيةِ؛ لأنّه لا يُقبَل منهم إلا الإسلامُ، فيُقاتِلونَهم إلى أن يُسلِموا.

والمُرادُ بالبَذل: القَبولُ والإلزامُ، وكذا المُرادُ بالإعطاء المَذكورِ في النَّصّ[3].

=ضمنًا في الأول، وليس معنى كلام المصنف أنه أقر بالأول وجحد الثاني، لأن حكمه حينها لم يزل على الكفر.

(١) قال في «نصب الراية» ٣/ ٣٨١: غريب، وأخرج الدارقطني في «سننه» (٣٢٩٦) عن الحكم عن حسين بن ميمون عن أبي الجنوب الأسدي قال: قال علي بن أبي طالب: من كانت له ذمتنا فدمه كدمنا وديته كديتنا. انتهى. قلت: لفظه في النسخة المتداولة من الدارقطني: من كانت له ذمتنا فدمه كدمائنا.

(٢) كالمجوس.

(٣) قال إمام الهدى أبو منصور رَحِمَهُٱللَّهُتَعَالَىٰ في «تفسيره» ٥/ ٣٤١: يحتمل قوله: ﴿يُعۡطُواْ ٱلۡجِزۡيَةَ﴾ أي يقبلوها، لا على الإعطاء نفسه، وهو ما ذكرنا في قوله: ﴿فَإِن تَابُواْ وَأَقَامُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتَوُاْ ٱلزَّكَوٰةَ﴾، هو على القبول لها، لا على الفعل نفسه... إلخ.

ولا يَجوزُ أن يُقاتَلَ مَن لم تَبلُغْه دَعوةُ الإسلام إلا أن يَدعُوه، قال الله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبۡعَثَ رَسُولٗا﴾ [الإسراء:١٥].

ويُستَحَبُّ أن يَدعُوا من بَلَغتْه الدَّعوةُ ولا يَجِبُ ذلك.

وإن أَبَوا: استَعانوا بالله عليهم، وحارَبوهم، ونَصَبوا عليهم المَجانيق، كما نَصَب رسولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ على الطّائِف[1]، وحَرَّقُوهم، وأرسَلوا عليهم الماءَ، وقَطَعوا أشجارَهم، وأَفسَدوا زَرْعَهم، قال الله تعالى: ﴿مَا قَطَعۡتُم مِّن لِّينَةٍ أَوۡ تَرَكۡتُمُوهَا قَآئِمَةً عَلَىٰٓ أُصُولِهَا فَبِإِذۡنِ ٱللَّهِ﴾ [الحشر:٥] الآيةَ، وقال الله تعالى: ﴿وَلَا يَطَـُٔونَ مَوۡطِئٗا يَغِيظُ ٱلۡكُفَّارَ وَلَا يَنَالُونَ مِنۡ عَدُوّٖ نَّيۡلًا...﴾ الآيةَ [التوبة:١٢٠].

﴿مَا قَطَعۡتُم مِّن لِّينَةٍ﴾: أيْ أيَّ شيءٍ قَطعتُم، واللِّينةُ: النَّخلَةُ الكَريمةُ.

---

(١) قال في «نصب الراية» ٣/ ٣٨٢: قلت: ذكره الترمذي (عقب الحديث ٢٧٦٢) في «الاستئذان» معضلًا، ولم يصل سنده به، فقال: قال قتيبة: ثنا وكيع عن رجل عن ثور بن يزيد أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نصب المنجنيق على الطائف، قال قتيبة: قلت لوكيع: من هذا الرجل؟ قال: صاحبكم عمر بن هارون. انتهى، ورواه أبو داود في «المراسيل» (٣٣٥) عن مكحول: أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نصب المناجيق على أهل الطائف. انتهى. ورواه ابن سعد في «الطبقات» (٢/ ١٥٩) أخبرنا قبيصة بن عقبة أنا سفيان الثوري عن ثور بن يزيد عن مكحول، فذكره، وزاد: أربعين يومًا، ورواه العقيلي في «ضعفائه» (٢/ ٢٤٣) مسندًا من حديث عبد الله بن خراش عن العوام بن حوشب عن أبي صادق عن علي قال: نصب رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ المنجنيق على أهل الطائف. انتهى، وقال الواقدي في «كتاب المغازي» (٣/ ٩٢٧): وقال سلمان الفارسي يومئذ: يا رسول الله! أرى أن تنصب عليهم المنجنيق، فإنا كنا بأرض فارس ننصب المناجيق على الحصون، فنصيب من عدونا، وإن لم يكن منجنيق طال المقام، فأمره رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فعمل منجنيقًا بيده، فنصبه على حصن الطائف، ويقال: قدم بالمنجنيق يزيد بن ربيعة، وقيل: غيره. انتهى.

﴿فَبِإِذۡنِ ٱللَّهِ﴾: فقَطْعُها بإذن اللهِ وأمرِه، وذلك أنَّ رَسولَ اللهِ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ حين أَمَر أن تُقطَع نَخلَهُم قالوا: يا مُحمَّدُ! قد كنتُ تَنهى عن الفَساد في الأرض، فما بال قَطعِ النَّخلِ؟! وكان في أَنفُس المُؤمِنين من ذلك شيءٌ، فنَزلت[1].

﴿وَلَا يَطَـُٔونَ مَوۡطِئٗا يَغِيظُ ٱلۡكُفَّارَ﴾: ولا يَدوسون من مَكانٍ من أَمكِنة الكُفّار.

﴿وَلَا يَنَالُونَ مِنۡ عَدُوّٖ نَّيۡلًا﴾: ولا يَرزؤنَهم[2] شيئًا بقَتلٍ أو أسرٍ، يُقال: نال منه إذا رَزأه ونَقَصه، وهو عامٌّ في كلِّ ما يسوؤهم ويُلحِقُ[3] بهم ضَررًا، كذا في «الكَشّاف».

وقَولُه: ﴿وَلَا يَطَـُٔونَ مَوۡطِئٗا يَغِيظُ ٱلۡكُفَّارَ وَلَا يَنَالُونَ﴾ [التوبة: ١٢٠] يَدُلُّ على أنَّ جَميعَ ما فيه إلحاقُ الكَبتِ[4]، والغَيظِ، وكَسرُ شَوكَتِهم، وتَفريقُ جَمعِهم.. مَشروعٌ.

---

(١) رواه الطبري في «تفسيره» ٢٢/ ٥١٠، وروى عن مجاهد ٢٢/ ٥٠٨ قال: نهى بعض المهاجرين بعضًا عن قطع النخل، وقالوا: إنما هي مغانم المسلمين، ونزل القرآن بتصديق من نهى عن قطعه، وتحليل من قطعه من الإثم، وإنما قطعه وتركه بإذنه.

وروى الترمذي (٣٣٠٣) عن ابن عباس في قول الله عَزَّوَجَلَّ: ﴿مَا قَطَعۡتُم مِّن لِّينَةٍ أَوۡ تَرَكۡتُمُوهَا قَآئِمَةً عَلَىٰٓ أُصُولِهَا﴾ قال: اللينة النخلة، ﴿وَلِيُخۡزِيَ ٱلۡفَٰسِقِينَ﴾ قال: استنزلوهم من حصونهم، قال: أمروا بقطع النخل فحك في صدورهم، فقال المسلمون: قد قطعنا بعضًا وتركنا بعضًا، فلنسألن رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ هل لنا فيما قطعنا من أجر؟ وهل علينا فيما تركنا من وزر؟ فأنزل الله تعالى: ﴿مَا قَطَعۡتُم مِّن لِّينَةٍ أَوۡ تَرَكۡتُمُوهَا قَآئِمَةً عَلَىٰٓ أُصُولِهَا﴾ الآية.

وقطعه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ للنخل رواه البخاري (٢٣٢٦) ومسلم (١٧٤٦).

(٢) الرَّزِيّة: المصيبة، والجمع رزايا، وأصلها الهمز، يقال: رزَأته تَرزَؤه، مهموز بفتحتين، والاسم: الرُّزءُ، مثال قُفل، ورزأته أنا: إذا أصبته بمصيبة، وقد يخفف فيقال: رزيته أرزاه. «المصباح» ١/ ٢٢٦.

(٣) في (ز): ولا يلحق.

(٤) كبت الله العدو كبتًا -من باب ضرب-: أهانه وأذله، وكبته لوجهه: صرعه. «المصباح»=

ولا بأسَ برَميهم وإن كان فيهم مُسلِمٌ أسيرٌ أو تاجِرٌ؛ لأن إعلاءَ كلمةِ اللهِ أوجَبُ من صيانة الأسير.

قَولُه: (إعلاء كَلِمة اللهِ تعالى أَوجَبُ من صيانة الأسير) لأنَّ هذا حَقُّ العامّةِ، وذلك حَقٌّ خاصٌّ، ويُتحَمَّلُ الضَّرَرُ الخاصُّ لدَفع الضَّرَرِ العامِّ.

وإن تَتَرَّسُوا بصِبيان المُسلِمينَ أو بالأسارَى: لم يَكُفُّوا عن رَمِيهم، ويَقصِدونَ بالرَّميِ الكُفّارَ.

و(لم يَكُفُّوا عن رَميهم) لأنَّهم لو مُنِعوا عن ذلك: يَتعذَّرُ عليهم قِتالُ المُشرِكين فالحُصُونُ قلمّا تَخلُوا عن الأسارى، وهم غيرُ عاجِزين عن التَّتَرُّسِ بهم.

لكنَّهم يَقصِدون المُشرِكين بالرَّمي؛ لأنَّهم لو قَدَروا على التَّمييز فِعلًا: يَلزَمُهم ذلك، فإذا قدَروا على التَّمييز بالنِّيّة: يَلزَمُهم ذلك؛ لأنَّ الطّاعةَ بحَسَب الطّاقةِ.

ولا بأسَ بإخراج النِّساءِ والمَصاحِفِ للمُسلمينَ إذا كان عَسكَرًا عَظيمًا يُؤمَن عليهم؛ لأن الظّاهِرَ هو النُّصرةُ، كما قال عَلَيۡهِ ٱلسَّلَامُ: «لن يُغلَبَ اثنا عشَرَ ألفًا عن قِلّةٍ إذا كانت كَلِمتُهم واحِدةً»(1).

=٢/ ٥٢٣. قوله: إن الله كبت الكافر: أي صرعه وخيبه، وقيل: غاظه وأذله، وقيل: أصله كبده، أي بلغ بالهم والغم كبده، فقلبت الدال تاء لقرب مخرجيهما، كما قيل: سبت رأسه وسبده، أي حلقه. «المشارق» ١/ ٣٣٣.

(١) رواه الإمام أحمد (٢٦٨٢)، وأبو داود (٢٦١١)، والترمذي (١٥٥٥)، وابن ماجه (٢٨٢٧)، جميعهم دون الشرط المذكور آخر الحديث، ورواه معه: الديلمي في «الفردوس» (٢٨٨٨)، وتمام في «فوائده» (١٠٩٧) بلفظ: «إذا اجتمعت كلمتهم»، وفي رواية لأبي يعلى (٢٧١٤): «إذا صدقوا وصبروا».

«لن يُغلَبَ اثنا عشَرَ ألفًا...» الحَديثَ: أي هو[1] عَدَدٌ كَبيرٌ[2]، وإذا صاروا مَغلوبين في وَقتٍ فليس ذلك عن قِلّةٍ، بل لتَفريق الكَلِمةِ، أي لاختِلاف آرائِهم.

ويُكرَهُ إخراجُ ذلك في سَرِيّةٍ لا يُؤمَن عليها؛ لأن المَرأةَ أو المُصحَفَ ربما يَقَعُ في أَيدي الكَفَرةِ فيكونُ تَسبيبًا لِما لا يَجوز.

السَّرِيّةُ: عَدَدٌ قَليلٌ يَسْرُونَ[3] باللَّيل، ويَكمُنون[4] بالنَّهار، كذا في «المَبسوط».

وقال المَيدانيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: السَّرِيّةُ مقدارُ أربعِمائة.

ولا تُقاتِلُ المَرأةُ إلا بإذن زَوجِها، ولا العَبدُ إلا بإذن سَيِّدِه، إلا أن يَهجُمَ العَدُوُّ؛ لأن طاعةَ المَولى والزَّوجِ واجِبةٌ.

قَولُه: (لأنَّ طاعةَ الزَّوجِ والمَولى واجِبةٌ) وطاعَتُهما حَقُّهما، وحَقُّ العَبدِ مُقدَّمٌ على حَقِّ الشَّرعِ، إلا أن يَهجُمَ العَدُوُّ؛ لأنَّه صار فَرضَ عَينٍ، وحَقُّ المَولى والزَّوجِ لا يَظهَرُ في حَقِّ فُروضِ الأعيانِ، كما في الصَّلاة والصَّومِ[5].

ويَنبَغي للمُسلمينَ أن لا يَغدِرُوا، ولا يَغُلُّوا، ولا يُمَثِّلوا، ولا يَقتُلوا امرَأةً، ولا صَبِيًّا، ولا شَيخًا فانِيًا، ولا مُقعَدًا؛ لأن النبيَّ عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ نَهى عن الغَدْر والغُلولِ

(١) في (و): هم.

(٢) في (ز): كثير.

(٣) في (ز): يسيرون.

(٤) في (ز): ويكتمون.

(٥) أراد بذلك أن الفروض المعينة مقدمة على حق السيد والزوج، كما في الصلاة والصوم فإنهما مقدَّمانِ على حقهما. «البناية» ٧/ ٩٨ بتصرف يسير.

والمُثْلَةِ[١]، وقَتلِ النِّساء[٢]، وكذلك الأعمى.

الغُلولُ: السَّرِقةُ من المَغنَم[٣].

والغَدرُ: نَقضُ العَهدِ.

والنَّهيُ عن قَتلِ النِّساءِ مَعلولٌ بعِلّة أنَّ كُفرَهُنَّ غيرُ مُفضٍ إلى الحِراب[٤]، فيَتعدَّى الحُكمُ إلى الصَّبيِّ.

والشَّيخُ الفاني: الذي فَنِيَت قُوَّتُه، ولا يُرجَى عَودُه.

إلا أن يكونَ لأَحد هؤلاءِ رَأيٌ في الحَرب، أو تكونَ المَرأةُ مَلِكةً، فإنه رُوِي عن النبيِّ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَتْلُ أُمِّ قِرْفَة[٥].

القِرفةُ: شَجَرٌ[٦] يُتَداوى به، وبها كنِّيَت أُمُّ قِرفةٍ، قيل: كان لها ثلاثون ابنًا، وكانت

(١) قال عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لا تَغُلُّوا، ولا تَغدِروا، ولا تُمثِّلوا». رواه مسلم (١٧٣١).

(٢) البخاري (٣٠١٥)، ومسلم (١٧٤٤).

(٣) في (هـ): في الغَنيمة. وفي (ز): من الغنيمة.

(٤) في (ز): الحرب.

(٥) رواه العقيلي في «الضعفاء» ٤/ ٤٢٧، والمحاملي في «أماليه» (١٥٧)، وأبو نعيم في «دلائل النبوة» (٤٦٢).

وروى الدارقطني (٣٢٠٢) والبيهقي (١٦٨٧٣) عن سعيد بن عبد العزيز أن أبا بكر قتل أم قرفة الفزارية في ردتها قِتلة مُثلة، شد رجليها بفرسين ثم صاح بهما فشقاها.

وقد نبه الحافظ في «التلخيص» ٤/ ٩٣ أن التي قتلها الصديق رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ غير التي قتلها النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

(٦) في (و) و(ز): شجرة.

تُحرِّضُهم على قِتالِ المُسلِمين[1].

ولا يَقتُلُ مَجنونًا؛ لأن القتلَ إفسادُ البِنية، فلا يَجوزُ إلا دَفعًا للضَّرَر؛ لقوله عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ: «الآدَمِيُّ بُنيانُ الرَّبِّ، مَلعونٌ من هَدَم بُنيانَ الرَّبِّ»[2].

قَولُه: (فلا يَجوزُ إلا دَفعًا للضَّرر) بأن يُقاتِلَ فيُقتَلَ؛ دَفعًا لشَرِّه وضَرَرِه.

وإن رَأى الإمامُ أن يُصالِحَ أَهلَ الحَرب، أو فَريقًا منهم، وكان في ذلك مَصلَحةٌ للمُسلمين: فلا بأس به؛ لأن النبيَّ عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ وادَعَ أَهلَ مَكّة[3].

(وادَعَ) صالَحَ.

فإن صالَحَهم مُدّةً ثم رَأى أنَّ نَقْضَ الصُّلحِ أَنفعُ في حَقِّهم: نَبَذ إليهم وقاتَلَهم؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِمَّا تَخَافَنَّ مِن قَوْمٍ خِيَانَةً فَٱنۢبِذْ إِلَيْهِمْ عَلَىٰ سَوَآءٍ﴾ [الأنفال:٥٨].

نَبَذ العَهدَ: نَقَضه.

---

(١) روى العقيلي في «الضعفاء» ٤/ ٤٢٧ وابن عساكر في «تاريخه» ١٩/ ٣٦٤ عن عائشة قالت: بلغ رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن امرأة من بني فزارة يقال لها: أم قرفة جهزت ثلاثين راكبًا من ولدها وولد ولدها، فقالت: اقدموا المدينة فاقتلوا محمدًا، فقال: «اللهم أثكلها ولدها»، وبعث إليهم زيد بن حارثة، فقتل بني فزارة وقتل ولد أم قرفة، وبعث بدرعها إلى رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فنصبه بين رمحين، قالت عائشة: فأقبل زيد حتى قدم المدينة، قالت عائشة: ورسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تلك الليلة في بيتي، فقرع الباب فخرج إليه يجر ثوبه عريانًا، والذي بعثه بالحق ما رأيت عريته قبل ذلك ولا بعدها، حتى اعتنقه وقبله.

ورواية ابن عساكر أنها جهزت أربعين.

(٢) لم أقف عليه، وذكره العلامة قاسم في «التعريف والإخبار» ٤/ ٦١ ولم يتكلم عنه بشيء.

(٣) رواه البخاري (٤١٨٠)، ومسلم (١٧٨٤).

قيل: الخَوفُ بمَعنى العِلم، وقيل: هو على حَقيقة الخَوفِ.

﴿فَٱنۢبِذۡ إِلَيۡهِمۡ عَلَىٰ سَوَآءٍ﴾: أي ألقِ إليهم الخَبَرَ بأنَّك[1] نَقضتَ العَهدَ؛ لتَكون أنتَ وهُم في العِلم بالنَّقض على سَواءٍ، ولا تُقاتِلهم قبل الإعلامِ بالنَّقض؛ لأنَّه خيانةٌ.

فعَرَفنا أنَّه لا يَحِلُّ قِتالُهم قبل النَّبذِ، وقبل أن يَعلَموا بذلك؛ ليَعودوا إلى ما كانوا عليه من التَّفحُّص، وكان ذلك للتَّحرُّز عن الغَدر[2].

وإن بَدَأوا بخِيانةٍ: قاتَلَهم، ولم يَنبِذْ إليهم، إذا كان ذلك باتِّفاقِهم، كما فَعَل النبيُّ عَلَيْهِ السَّلَامُ بأهل مَكّةَ لما نَقَضُوا العَهدَ وخانوا[3].

---

(١) في (هـ): فإنك.

(٢) في (ز): العدو.

(٣) قال في «نصب الراية» ٣/ ٣٩٠: روى البيهقي في «دلائل النبوة» (٥/ ٥) في باب غزوة مؤتة من طريق ابن إسحاق حدثني الزهري عن عروة بن الزبير عن مروان بن الحكم والمسور بن مخرمة قالا: كان في صلح رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يوم الحديبية بينه وبين قريش أنه من شاء أن يدخل في عقد محمد وعهده دخل، ومن شاء أن يدخل في عقد قريش وعهده دخل، فدخلت خزاعة في عقد محمد صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ودخلت بنو بكر في عقد قريش، فمكثوا في الهدنة نحو السبعة أو الثمانية عشرة شهرًا، ثم إن بني بكر الذين دخلوا في عقد قريش وثبوا على خزاعة الذين دخلوا في عقد رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ليلًا بماء لهم يقال له: الوتير، قريب من مكة، وقالت قريش: هذا ليل، وما يعلم بنا محمد، ولا يرانا أحد، فأعانوا بني بكر بالسلاح والكراع، وقاتلوا خزاعة معهم، للضغن على رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وركب عمرو بن سالم إلى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عند ذلك يخبر الخبر، فلما قدم عليه أنشده:

اللـهـم إني ناشـد محمدًا ... حـلف أبينا وأبيـه الأتـلدا
إن قريشًا أخلفوك الموعدا ... ونقضوا ميثاقك المؤكدا
هم بيتونا بالوتير هجدا ... فقتلونا ركعًا وسجدا
فانصر رسول الله نصرًا عتدا =

وإذا خَرَج عَبيدُهم إلى عَسكَرِ المُسلمين: فهم أحرَارٌ؛ لأن النبيَّ عَلَيْهِ السَّلَامُ قال في عَبيد الطَّائِف: «هم عُتَقاءُ الله عَزَّ وجَلَّ»(١).

(قاتَلَهم، ولم يَنبِذ إليهم) أي لم يُخبِرهم بالنَّقض؛ لأنَّه لا يَكونُ غَدرًا إذا كانت البِداءةُ بالخِيانة(٢) باتِّفاقهم.

ولا بأس بأن يَعلِفَ العَسْكرُ في دار الحَرْب، ويَأكُلوا مما وَجَدُوه من الطَّعام، ويَستَعمِلوا الحَطَب، كذا السُّنَّة(٣).

= فقال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «نصرت يا عمرو بن سالم»، ثم أمر الناس فتجهزوا، وسأل الله أن يعمي على قريش خبرهم حتى يبغتهم في بلادهم.

وذكر موسى بن عقبة نحو هذا، وأن أبا بكر قال له: يا رسول الله! ألم تكن بينك وبينهم مدة؟ قال: «ألم يبلغك ما صنعوا ببني كعب؟».

ورواه الطبراني في «معجمه الكبير» (١٠٥٢) و«الصغير» (٩٦٨) من حديث ميمونة، ورواه ابن أبي شيبة مرسلًا عن عروة، ورواه الواقدي في كتاب «المغازي» مرسلًا عن جماعة كثيرين، وفيه (٧٦٩/٢): فقال أبو بكر: يا رسول الله! أوليس بيننا وبينهم مدة؟ قال: «إنهم غدروا ونقضوا العهد، فأنا غازيهم»، ثم ذكر الحديث. انتهى.

وقال في «الدراية» ١١٧/٢: قوله: إن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نقض الصلح بعد الموادعة التي كانت بينه وبين أهل مكة: كأنه يشير إلى ما وقع في قصة الحديبية، وهو في الصحيح بالمعنى، وأخرج ابن إسحاق بإسناده... إلخ.

(١) رواه أبو داود (١٧٠٠).

(٢) في (هـ) و(ز): بالجناية.

(٣) روى البيهقي (١٨٠٠٤) عن عبد الله بن عمرو رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يوم خيبر: «كلوا واعلفوا ولا تحملوا».

وروى ابن أبي شيبة (٣٣٣٣٠) وسعيد بن منصور (٢٧٥٠) والبيهقي (١٨٠٠٢) واللفظ=

ويَدَّهِنوا بالدُّهن، ويُقاتِلُوا بما يَجِدونَه من السِّلاح.. كُلُّ ذلك بلا قِسمةٍ.

عَلَف الدَّابّةَ: أطعَمَها العَلَف، وأعلَفَها: لُغَةٌ، والمَفعولُ مَحذوفٌ، أي دوابَّهم.

والطَّعامُ كالخُبز، واللَّحمِ، وما يُستَعمَل فيه، كالسَّمن والزَّيت.

وشَرَط[1] الحاجةَ في رِوايةٍ، ولم يَشترِطها في أُخرى[2]، وإلى الثّاني مال شَمسُ

=للأول: عن هانئ بن كلثوم الكناني قال: كنت حاجب الجيش الذي فتح الشام فكتبت إلى عمر: إنا فتحنا أرضًا كثيرة الطعام والعلف، فكرهت أن أتقدم إلى شيء من ذلك إلا بأمرك وإذنك، فاكتب إلي بأمرك في ذلك، فكتب إلي عمر أن دع الناس يأكلون ويعلفون، فمن باع شيئًا بذهب أو فضة فقد وجب فيه خمس الله وسهام المسلمين.

وروى ابن أبي شيبة (٣٣٣٣٣) عن الحسن قال: كان أصحاب رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يأكلون من الغنائم إذا أصابوها من الجزائر والبقر، ويعلفون دوابهم، ولا يبيعون، فإن بيع ردوه إلى المقاسم.

(١) أي الإمام محمد رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى.

(٢) قال في «الهداية» ٢/ ٣٨٦: أرسل ولم يقيده بالحاجة، وقد شرطها في رواية ولم يشترطها في أخرى، وجه الأولى: أنه مشترك بين الغانمين، فلا يباح الانتفاع به إلا للحاجة، كما في الثياب والدواب، وجه الأخرى: قوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ في طعام خيبر: «كلوها واعلفوها ولا تحملوها»، ولأن الحكم يدار على دليل الحاجة وهو كونه في دار الحرب؛ لأن الغازي لا يستصحب قوت نفسه وعلف ظهره مدة مقامه فيها، والميرة منقطعة، فبقي على أصل الإباحة للحاجة، بخلاف السلاح لأنه يستصحبه، فانعدم دليل الحاجة، وقد تمس إليه الحاجة فتعتبر حقيقتها، فيستعمله ثم يرده في المغنم إذا استغنى عنه، والدابة مثل السلاح، والطعام كالخبز واللحم وما يستعمل فيه كالسمن والزيت. انتهى.

وقال في «العناية» ٥/ ٤٨٤: (وقد شرطها) يعني محمدًا (في رواية) هي رواية «السير الصغير» (ولم يشترطها في أخرى) وهي رواية «السير الكبير». انتهى. ورواية «السير الكبير» اختارها الكرخي في «مختصره» وتبعه القدوري حيث أطلقها. كما في «البناية» ٧/ ١٤٦.

الأئِمّة السَّرَخسيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأنَّ السُّنَّةَ وَرَدت مُطلَقةً، قال عَلَيْهِ السَّلَامُ: «كُلوها واعلِفوها ولا تَحمِلوها»(١).

بخِلاف السِّلاحِ؛ لأنَّه لا يَجوزُ أخذُه إلا بحاجةٍ، فقَولُه: (ويُقاتِلوا بما يَجِدونه من السِّلاح) تَأويلُه: إذا احتاج إليه، بأن سَقَط سَيفُه، أو لم يكن له سِلاحٌ.

ولا يَجوزُ أن يَبيعوا من ذلك شيئًا، ولا يَتَموَّلونه؛ لتَعَلُّق حَقِّ الغانِمينَ به.

تَموَّل الشَّيءَ: اتَّخَذه مالًا وقُنيةً.

قَولُه: (لتَعلُّق حَقِّ الغانِمين به) حَقُّ الغانِمين قد ثَبَت فيها، وإن لم يَتأكَّد بالإحراز، فلا يَجوزُ لبَعضهم أن يَختَصَّ بشيءٍ منها قبل القِسمةِ، وهذا لأنَّ البَيعَ يَترَتَّبُ على المِلك، ولا مِلكَ قبل الإحرازِ، وإنَّما هو إباحةٌ، فصار كالمُباح له الطَّعامُ، فإنَّه لا يَجوزُ له التَّموُّلُ.

ومَن أَسلَم منهم: أَحرَز بإسلامه نفسَه ومالَه وأولادَه الصِّغارَ؛ لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «من أَسلَم على مالٍ فهو له»(٢).

(١) رواه الحارث (٦٧٢)، والبيهقي (١٨٠٠٤)، كلاهما بلفظ: «كلوا واعلفوا ولا تحملوا»، ويمعناه عند الإمام أحمد (١٩١٢٤)، وانظر «نصب الراية» ٣/ ٤٠٩.

(٢) قال في «نصب الراية» ٣/ ٤١٠: رواه أبو يعلى الموصلي في «مسنده» (٥٨٤٧) من حديث يس الزيات عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من أسلم على شيء فهو له». انتهى. ورواه ابن عدي في «الكامل» (٨/ ٥٣٥)، وأعله بيس، وأسند تضعيفه عن البخاري والنسائي وابن معين، ووافقهم، وقال: عامة أحاديثه غير محفوظة. انتهى. ورواه البيهقي (١٨٢٥٩) وقال: إنما يروى عن ابن أبي مليكة وعن عروة مرسلًا. انتهى. ومرسل عروة قال صاحب «التنقيح»: رواه سعيد بن منصور حدثنا عبد الله بن المبارك عن حيوة بن شريح عن محمد بن عبد الرحمن بن نوفل عن عروة بن الزبير قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من=

(ومن أسلَم منهم...) مَعناهُ: في دار الحَربِ؛ لأنَّه لو هاجَر إلى دار الإسلامِ وأسلَم: لا يَصيرُ مالُه وأولادُه في دار الحَربِ مُحرَزًا بإسلامه؛ لتَبايُن الدَّارَين حَقيقةً وحُكمًا، وتَبايُنُ الدَّارَين مُنافٍ للتَّبَعيّة.

قَولُه: (وأولادَه) يعني أولادَه الصِّغارَ؛ لأنَّهم صاروا مُسلِمين بإسلامه تَبعًا، بخِلاف الكِبارِ.

> وكذلك أَولادُه الصِّغارُ[1]؛ لأنهم أَخَصُّ به من المال، وكذلك كلُّ مالٍ هو في يده، أو وديعةٌ في يد مُسلمٍ أو ذِمّيٍ؛ لأنه في يَده حُكمًا.

قَولُه: (لأَنَّهم أخَصُّ به من المال) لأنَّهم أجزاؤُه، ولهذا تجب نَفقَتُهم مع الاختِلاف في الدِّين، ولا يُشارِكُ الولَدَ أحدٌ في نَفقَتهم، وقد ثَبَت بالحَديث أنَّ إسلامَه سَبَبٌ لإحراز مالِه[2]؛ باعتِبار أنَّ مالَه[3] مُختَصٌّ به، فلَأن يَثبُتَ إحرازُ نَفسِه وأولادِه الصِّغارِ أولى.

والمُرادُ من قَوله: (وكذلك أولادُه) الصِّغارُ أيضًا، وإنَّما أعادَه ليَستَدِلَّ عليه.

قَولُه: (لأنَّه في يَده حُكمًا) اعلَم أنَّه إذا كان وَديعةً عند مُسلِمٍ أو ذِمّيٍّ: لا يَصيرُ فَيئًا، وإذا كان وَديعةً عند حَربِيٍّ: يَصيرُ فَيئًا.

والفَرقُ: أنَّ يَدَ المُسلِمِ والذِّمّيِّ يَدٌ صَحيحةٌ على هذا المالِ، فتكونُ مانِعةً

=أسلم على شيء فهو له»، قال: وهو مرسل صحيح. انتهى.

(١) مثبتة من (أ).

(٢) أي حديث المتن: «من أسلم على مال فهو له».

(٣) في (و): لإحراز ماله لما بينا وأن ماله.

إحرازَ[1] المُسلِمين إيّاها، وإذا لم يَصِر غَنيمةً: كانت يَدُ المُودَعِ فيها كيد المُودِعِ، فيَصيرُ هو المُحرِزَ لها من هذا الوَجهِ.

وأمّا يَدُ الحَربِيِّ فليست بيَدٍ صَحيحةٍ، ألا ترى أنَّها لا تكونُ دافِعةً لماله! وإذا لم تَكُن مُعتبَرةً: كان هذا المالُ والذي لم يُودِعْه أحَدٌ سَواءً.

(١) في (هـ): إحرازه.

فصلٌ ﴿في الغنائم﴾

فصل

وإن ظَهَرنا على الدّار[1]: فعَقارُ الدّار[2] فَيءٌ، وكذلك عَقارُ الذي أَسلَم في دار الحَرْب؛ لأن الدَّارَ دارُ الحَرب.

(وإن ظَهَرنا على الدّار) أي على دار الحَربِ، يُقال: ظَهَر عليه إذا غَلَبه.

الغَنيمةُ: اسمٌ للمال المُصابِ بالقِتال، على وَجهٍ يكونُ فيه إعلاءُ كَلِمةِ اللهِ تعالى.

والفَيءُ: اسمٌ للمُصاب من أموالهم، بعدما تَصيرُ الدَّارُ دارَ الإسلامِ[3] بغيرِ قِتالٍ.

وحُكمُ الأوَّلِ: أن يُخمَسَ، وسائِرُه للغانِمين.

وحُكمُ الثّاني: أن يَكونَ لكافّة المُسلِمين، ولا يُخمَسُ، كالخَراج والجِزيةِ، كذا في «المَبسوط».

قَولُه: (لأنَّ الدَّارَ دارُ الحَربِ) أي الدَّارُ دارُ الحَربِ، وهذه بُقعةٌ من بِقاعها، فيكونُ فَيئًا كسائِر البِقاعِ.

---

(١) في (أ): على الأرض والدار، وكتب فوق (الأرض): خ.

(٢) في (أ): فعقار الأرض والدار.

(٣) في (و): إسلام.

وكذلك زَوجَتُه وحَمْلُها فَيءٌ، وأولادُه الكِبارُ فَيءٌ.

وزَوجَتُه فَيءٌ: لأنَّها لا تَصيرُ مُسلِمةً بإسلام زَوجِها، فتكونُ فَيئًا، ويَدُه عليها يَدٌ حُكمِيَّةٌ بسَبَب النِّكاحِ، ومِثلُه لا يَمنَعُ الاغتِنامَ، كاليَد على العَقار؛ لأنَّ دارَ الحَربِ ليست بدار الأحكامِ.

وكذا حَملُها: لأنَّه جُزؤُها، فيُرَقُّ برِقِّها.

(وأَولادُه الكِبارُ فَيءٌ) لأنَّهم كُفّارٌ حَربِيّون، ولا يَدَ له عليهم، فلا يُمكِنُ التَّبَعيّةُ.

ولا يَنبَغي أن يُباعَ السِّلاحُ من أهل الحَرب، ولا يُجَهَّزَ إليهم؛ لأنه إعانةٌ لهم على تَقوِية الكُفر.

(ولا يُجَهَّزَ إليهم) وهو أن يَذهبَ التّاجِرُ إليهم بالسِّلاح ليَبيعها منهم، خَصَّ بعدما عَمَّ: بيانًا أنَّه مهم[1].

ولا يُفادَونَ بالأَسارى عند أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وقالا: يُفادَى بهم أَسارى المُسلمين.

(ولا يُفادون بالأَسارى) أي لا تَجوزُ المُفاداةُ بالنَّفس ولا بالمال عندَه.

وعندهما: يَجوزُ بالأوَّل دون الثّاني.

والمُفاداةُ: فِداءُ النَّفسِ بالنَّفس، أو بالمال، يُقال: فَداه من الأسر: إذا استَنقَذه منه بمَالٍ.

ولا يَجوزُ المَنُّ عليهم؛ لأنه إبطالُ حَقِّ الغانِمين.

---

(١) في (و): منهم.

وقالا: يجوز[1].

ويَجوزُ الفِداء؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَآءً﴾ [محمد صلى الله عليه وسلم: ٤].

(ولا يَجوزُ المَنُّ عليهم) أي على الأَسارى، وهو أن يُطلِقَهم مَجّانًا، كذا في «التَّيسير»[2].

وقال الشَّيخُ الإمامُ بَدرُ الدِّينِ رَحِمَهُ اللَّهُ: هو أن يَترُكَهم من غير ضَربِ خَراجٍ ولا جِزيةٍ عليهم.

وعَدَمُ جَوازِ المَنِّ مُتَّفَقٌ عليه، وكان[3] من حَقِّه أن يَذكُرَه بعد إقامةِ الدَّلالةِ على جَواز المُفاداةِ عندهما، كما ذَكَره[4] في «الهداية»؛ لئلا يُحتاجَ إلى إعادة[5] قَولِه: (والفِداءُ يَجوزُ)؛ لإقامة الدَّليل عليه، لكنّه ذَكَره هنا استِدراكًا لوَهم مُتوَهِّمٍ أنّه يَجوزُ المَنُّ عندهما كما يَجوزُ عند الشّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ الأمرانِ.

قَولُه تعالى: ﴿فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَآءً﴾: أي فإمّا تَمنُّون مَنًّا، وإمّا تَفدون فِداءً، والمَعنى: التَّخييرُ بعد الأَسر بين أن يَمُنُّوا عليهم فيُطلِقوهم، وبين أن يُفادوهم.

وحُكمُ أَسارى المُشرِكين: إمّا القَتلُ وإمّا الاستِرقاقُ عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ،

---

(١) في (ب): لهما أن الفداء يجوز لقوله تعالى: فإما منا...إلخ. بدل (وقالا يجوز)، وفي (ج): (وعند الشافعي يجوز المن عليهم) بدل (وقالا يجوز).

(٢) في (هـ) و(و): التفسير. والمقصود هنا كتاب الإمام أبي حفص النسفي رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى في التفسير، والنص فيه ١٣/ ٤١١.

(٣) في (و): فكان.

(٤) في (و): كذا ذكر.

(٥) في (ز): إعادته.

ويَقولُ في ذِكر المَنِّ والفِداءِ المَذكورَينِ في الآية: إنَّه نَزَل ذلك في يَوم بَدرٍ، ثم نُسِخ[1]، كذا في «الكَشَّاف».

فإن قيل: هذا النَّصُّ لا يَخلو إمّا أن يكونَ مَنسوخًا، أو لم يكن، فإن كان مَنسوخًا: يَنبَغي أن لا يَجوزَ الأمرانِ، كما هو مَذهَبُ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وإن لم يكن مَنسوخًا: ينبغي أن يجوز الأمرانِ كما هو مذهب الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

قيل: إنه غير منسوخٍ، وتَأويلُ المَنِّ المَذكور في النَّصِّ: أنّه في أهل الكِتاب[2]، فيَمُنُّ عليهم بعد أَسرهم على أن يَصيروا أَكَرَةً[3] للمُسلِمين، كما فَعَل رَسولِ اللهِ

---

(١) رواه الترمذي ٣/ ١٨٨ عن الأوزاعي، والناسخ لها عنده قوله تعالى: ﴿وَٱقْتُلُوهُمْ حَيْثُ ثَقِفْتُمُوهُمْ﴾، ورواه عبد الرزاق عن عطاء (٩٣٨٩)، وعن الضحاك والسدي (٩٤٠٥).

ورواه الطبري في «تفسيره» ٢١/ ١٨٣ عن ابن جريج وقتادة، وروى ٢١/ ١٨٥ عن ابن عباس قوله: ﴿فَإِذَا لَقِيتُمُ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ فَضَرْبَ ٱلرِّقَابِ﴾ إلى آخر الآية قال: الفداء منسوخ، نسختها: ﴿فَإِذَا ٱنسَلَخَ ٱلْأَشْهُرُ ٱلْحُرُمُ﴾ إلى ﴿كُلَّ مَرْصَدٍ﴾، قال: فلم يبق لأحد من المشركين عهد ولا حرمة بعد براءة، وانسلاخ الأشهر الحرم.

وروى البيهقي (١٢٨٥٧) عن علي بن أبي طلحة عن ابن عباس في قوله: ﴿مَا كَانَ لِنَبِيٍّ أَن يَكُونَ لَهُۥٓ أَسْرَىٰ حَتَّىٰ يُثْخِنَ فِي ٱلْأَرْضِ﴾، وذلك يوم بدر والمسلمون يومئذ قليل، فلما كثروا واشتد سلطانهم أنزل الله تعالى هذا في الأسارى ﴿فَإِمَّا مَنًّۢا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَآءً﴾، فجعل الله النبي والمؤمنين بالخيار في أمر الأسارى، إن شاؤوا قتلوهم، وإن شاؤوا استعبدوهم، وإن شاؤوا فادوهم.

(٢) ذكر هذا التأويل إمام الهدى أبو منصور رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ في «تفسيره» ٥/ ٢٦٣.

(٣) الأُكْرة والجمع أُكَر: مثل حفرة وحُفر وزنًا ومعنًى، وأَكَرْتُ النهرَ أَكْرًا -من باب ضرب-: شققته، وأَكَرتُ الأرض: حرثتها، واسم الفاعل أَكّار، للمبالغة، والجمع أَكَرة، كأنه جمع آكر وِزان كفرة جمع كافر. «المصباح» ١/ ١٧.

صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بأهل خَيبرَ[1]، أو ذِمّةً، كما فَعَل عمرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ بالسَّواد[2]، كذا في «شَرح التَّأويلات».

وذَكَر في «المَبسوط»: ورُوِي عن محمّد رَحِمَهُ اللهُ: أنَّ ذلك كان في عَبَدةِ الأوثانِ من العَرَب؛ لأنَّه لا يَجوزُ استِرقاقُهم، فلم يكن في المَنِّ والمُفاداةِ إبطالُ حَقِّ المُسلِمين.

ولأبي حنيفة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: أنه إبطالُ حَقِّ الغانِمينَ في الأَسارى فلا يَجوز.

قَولُه: (إنَّه إبطالُ حَقِّ الغانِمين) لأنَّ المِلكَ ثَبَت لهم بنَفس الإصابةِ عند الشَّافعيِّ رَحِمَهُ اللهُ.

وعندنا: الحَقُّ يَتأكَّدُ بالإحراز، وقد حَصَل الإحرازُ بفَتح البَلدةِ وإجراءِ أَحكامِ الإسلامِ فيها، فلا يَجوزُ إبطالُ حَقِّهم.

وإذا فَتح الإمامُ بَلْدةً عَنوةً فهو بالخِيار:

إن شاء قَسَمها بين المُسلمين، كما فَعَل النبيُّ عَلَيْهِ السَّلَامُ بخَيبَر[3].

---

(١) سيأتي تخريجه في المتن قريبًا.

(٢) في (ز): بأهل السواد. وسيأتي تخريجه في المتن قريبًا.

(٣) روى البخاري (٤٢٣٥) عن عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قال: أما والذي نفسي بيده! لولا أن أترك آخر الناس بَبَّانًا ليس لهم شيء ما فُتحت عليَّ قرية إلا قسمتها كما قسم النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خيبر، ولكني أتركها خزانة لهم يقتسمونها.

وروى البخاري (٤٢٢٩) عن سعيد بن المسيب: أن جبير بن مطعم أخبره قال: مشيت أنا وعثمان ابن عفان إلى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقلنا: أعطيتَ بني المطلب من خمس خيبر وتركتنا، ونحن بمنزلة واحدة منك فقال: «إنما بنو هاشم وبنو المطلب شيء واحد»، قال جبير: ولم يقسم=

وإن شاء أقرَّ أهلَهُ عليه، ووَضع الخَراج عليهم، كما فَعَل عمرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بالعِراق[1].

العَنوةُ: الذِّلّةُ والخُضوعُ، وفُتِحت مَكّةُ عَنوةً: أي قَسرًا وقَهرًا.

وهو في الأَسارى بالخِيار: إن شاء قتَلهم، وإن شاء استرَقَّهم، وإن شاء ترَكَهم أَحرارًا ذِمّةً للمُسلمين، فإن النبيَّ عَلَيْهِ السَّلَامُ مَنَّ على أَهل مَكّةَ فأطلَقَهم[2]، وقتَل بَني قُريظة[3]، وأَسَر عامّةَ السَّرايا التي استَولى عليها[4].

ولا يَجوزُ أن يَرُدَّهم إلى دار الحَرب؛ لأنه تَقويةٌ للكَفَرة.

(ترَكهم أحرارًا ذِمّةً...) أي ذَوي ذِمّةٍ.

قَولُه: (مَنَّ على أهل مَكّةَ فأطلَقهم) رُوِي أنَّ رَسولَ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جاء إلى

=النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لبني عبد شمس وبني نوفل شيئًا.

(١) رواه أبو عبيد في «الأموال» (١٥٠)، وأصله في البخاري (٢٣٣٤)، وانظر «نصب الراية» ٣/ ٤٠٠ و٤٣٨، و«التلخيص الحبير» ٤/ ٢١٣.

(٢) انظر قصة الفتح وأمان قريش عند مسلم (١٧٨٠).

وروى البيهقي (١٨٢٧٦) عنن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال لأهل مكة حين اجتمعوا في المسجد: «ما ترون أني صانع بكم؟»، قالوا: خيرًا، أخ كريم وابن أخ كريم، قال: «اذهبوا فأنتم الطلقاء».

(٣) روى البخاري (٣٠٤٣) ومسلم (١٧٦٨) عن أبي سعيد الخدري رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: لما نزلت بنو قريظة على حكم سعد هو ابن معاذ بعث رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وكان قريبًا منه، فجاء على حمار، فلما دنا قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «قوموا إلى سيدكم»، فجاء فجلس إلى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال له: «إن هؤلاء نزلوا على حكمك»، قال: فإني أحكم أن تقتل المقاتلة، وأن تسبى الذرية، قال: «لقد حكمت فيهم بحكم الملك».

(٤) هذا مما يعلم بالاستقراء، ومن ذلك أسرى بدر، كما عند مسلم (١٧٦٣).

باب الكَعبةِ وفيها رُؤَساءُ قُرَيشٍ، فأَخَذ بعَضادتَي البابِ وقال: «ماذا تَرونَ أَني صانِعٌ بكم؟» فقالوا: أَخٌ كَريمٌ وابنُ أَخٍ كَريمٍ! مَلَكت فأَسجِح[1]، فقال: «إني أقولُ لكم كما قال أخي[2] يوسُفُ لإخوته: ﴿لَا تَثْرِيبَ عَلَيْكُمُ ٱلْيَوْمَ...﴾ [يُوسُف:٩٢] -الآيَةَ-» فقال: «أنتم الطُّلَقاءُ، لكم أموالُكم»[3].

وإذا أَرادوا العَودةَ إلى دار الإسلامِ ومعهم مَواشٍ لا يُقدَرُ على نَقلِها إلى دار الإسلام: ذَبَحها وحَرَّقها، ولا يَعقِرُها؛ لأنه تَعذيبُ الحَيوان[4]، ولا يَترُكُها؛ لأنه قُوَّةٌ لهم.

المَواشي: جَمعُ الماشيةِ، وهي الإبِلُ والبَقَرُ والغَنَمُ.

قَولُه: (ذَبَحها وحَرَّقها) لأنَّ ذَبحَ الحَيوانِ يَجوزُ لغَرَضٍ صَحيحٍ، ولا غَرَض أَصَحَّ من كَسر شَوكةِ الأعداءِ، وتُحرَق بالنَّار ليَنقَطِع مَنفَعَتُه عن الكُفَّار.

---

(١) فأسجح: أي أحسنِ وارفق واعف، وقيل: سَهِّل، والإسجاح حسنُ العفو. «المشارق» ٢/ ٢٠٧. وأصله مثل سائر وهو: ملكت فأسجح. وانظر «النهاية» لابن الأثير ٢/ ٣٤٢. وقد تقدم.

(٢) سقطت من (هـ).

(٣) رواه ابن زنجويه في «الأموال» ١/ ٢٩٣ والأزرقي في «تاريخ مكة» ٢/ ١٢١ دون الجملة الأخيرة، وروى البيهقي (١٨٢٧٦) عنن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال لأهل مكة حين اجتمعوا في المسجد: «ما ترون أني صانع بكم؟»، قالوا: خيرًا، أخ كريم وابن أخ كريم، قال: «اذهبوا فأنتم الطلقاء».

(٤) روى أبو داود (٢٥٦٢) والترمذي (١٧٠٨) عن ابن عباس قال: نهى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن التحريش بين البهائم.

وروى الطبراني (٩٠٥) عن المغيرة: أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مر على نفر من الأنصار يرمون حمامة، فقال: «لا تتخذوا الروح غرضًا».

فصلٌ ﴿في كيفيّة القسمة﴾

فصل

ولا يَقسِمُ غَنيمةً في دار الحَربِ حتى يُخرِجَها إلى دار الإسلام.

وقال الشافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: تَجوزُ القِسمة؛ لأن النبيَّ عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ قَسم غنائِمَ بَدرٍ ببَدر[1].

ولنا: أن النبيَّ عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ نَهى عن بيع الغَنائِمِ في دار الحَرب[2]، والقِسمةُ بَيعٌ.

---

(١) قال في «التلخيص الحبير» ٣/ ٢٢٥: حديث: أنه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قسم غنائم بدر بشعب من شعاب الصفراء قريب من بدر، وقسم غنائم بني المصطلق على مياههم، وقسم غنائم حنين بأوطاس وهو وادي حنين: أما قسمة غنائم بدر: فرواه البيهقي (١٧٩٨٣) من طريق ابن إسحاق، وهو في «المغازي»...إلخ.

قلت: نص البيهقي: عن ابن إسحاق قال: ومضى رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فلما خرج من مضيق يقال له الصفراء، خرج منه إلى كثيب يقال له سير على مسيرة ليلة من بدر أو أكثر، فقسم رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ النفل بين المسلمين على ذلك الكثيب.

(٢) قال في «نصب الراية» ٣/ ٤٠٨: غريب جدًّا، واستدل به المصنف على منع جواز قسم الغنائم في دار الحرب، قال: لأن البيع في معنى القسمة، فكما لا يجوز البيع كذلك لا تجوز القسمة. انتهى. =

قَولُه: (والقِسمةُ بَيعٌ) لأنَّ ما يَجتَمِعُ لأحدهما بعضُه كان له، وبعضُه كان لصاحِبه، فهو يَأخُذُه عِوَضًا عمّا بَقِي من[1] حَقِّه في نَصيب صاحِبِه، فكان مُبادَلةً من هذا الوَجه، ولهذا يَثبُتُ في القِسمة خِيارُ الرُّؤيةِ وخِيارُ الشَّرطِ، كذا ذَكَره في كتاب القِسمة[2].

والجَوابُ عن الحَديث: أنَّ النَّبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَسَم غَنائِمَ بَدرٍ بعدما قَدِم المَدينةَ[3]، فتَعارَضت رِوايَتا فِعلِه، وبَقِي التَّمَسُّكُ بقَوله سالِمًا.

وهذا بَناءً على أنَّ المِلكَ عنده يثبُتُ بنَفس العَقدِ، وعندنا بالإحراز؛ لأنَّ السَّبَبَ هو القَهرُ، وتَمامُ القَهرِ بالإحراز؛ لأنَّ قبلَ الإحرازِ هم قاهِرون من وَجهٍ، مَقهورون من وَجهٍ، والثَّابِتُ من وَجهٍ دون وَجهٍ يَكونُ ضَعيفًا، فيَحتاجُ إلى المُؤَكِّد[4]، وهو

= قلت: ومن أدلة تحريم البيع والانتفاع بالمغنم قبل القسمة: ما رواه أبو داود (٢١٥٩) مرفوعًا: «ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يركب دابة من فيء المسلمين حتى إذا أعجفها ردها فيه، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يلبس ثوبًا من فيء المسلمين حتى إذا أخلقه رده فيه».

وما رواه الإمام أحمد (١٦٩٩٠): عن رويفع بن ثابت الأنصاري قال: كنت مع النبي حين افتتح حنينًا، فقام فينا خطيبًا فقال: «لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءه زرع غيره، ولا أن يبتاع مغنمًا حتى يقسم، ولا أن يلبس ثوبًا من فيء المسلمين حتى إذا أخلقه رده فيه، ولا يركب دابة من فيء المسلمين حتى إذا أعجفها ردها فيه».

وروى الإمام الأعظم في «مسنده» -بترتيب الحصكفي- عن مقسم عن ابن عباس رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا: أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لم يقسم شيئًا من غنائم بدر إلا بعد مقدمه للمدينة.

(١) في (هـ): في.

(٢) «أي الإمام محمد في كتابه «الأصل» في كتاب القسمة. وهذا العزو مثبت من (ز).

(٣) تقدم تخريجه في المتن.

(٤) في (هـ): الحركة.

الإحرازُ، وإذا كان كذلك.. فإذا شارَكَ المَدَدُ الجَيشَ في الإحراز الذي يَتِمُّ السَّبَبُ به: فيُشارِكونهم في الاستِحقاق، كما إذا لَحِقهم في حالة القِتالِ.

والرِّدءُ والمُقاتِلُ في العَسْكَر سَواءٌ؛ لأن النبيَّ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَسَم للكُلِّ[1].

وإذا لَحِقَهم مَدَدٌ في دار الحَرْبِ قبل أن يُخرِجوا الغَنيمةَ إلى دار الإسلام: شارَكوهم فيها؛ لأن المِلكَ إنما يتأكَّدُ بالإحراز، وقد وُجِد المُشارَكةُ في السَّبَب.

ولا حَقَّ لأهل سُوقِ العَسْكَرِ في الغَنيمة؛ لأنهم خَرَجوا للتِّجارة، إلا أن يُقاتِلوا.

قَولُه: (فقد وُجِدت المُشارَكةُ في السَّبَب) أي في الذي يَتِمُّ به السَّبَبُ، وهو الإحرازُ في بَعض النُّسَخِ، وقد وُجِدت المُشارَكةُ في السَّبَب.

قال شيخُنا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: المُرادُ من السَّبَب: مُجاوَزةُ الدَّربِ على قَصد القِتال[2]، وقد تَحَقَّقت المُشارَكةُ في هذا السَّبَبِ، والشِّرْكةُ ثَبَتت أيضًا فيما يُؤكِّدُ الحَقَّ، وهو الإحرازُ، فيُشارِكونَهم.

---

(١) لم أقف عليه صريحًا، ولعل مما يستأنس به ما رواه أبو داود (٢٧٣٧) عن ابن عباس قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يوم بدر: «من فعل كذا وكذا فله من النفل كذا وكذا»، قال: فتقدم الفتيان ولزم المشيخة الرايات فلم يبرحوها، فلما فتح الله عليهم، قال المشيخة: كنا ردءًا لكم، لو انهزمتم لفئتم إلينا، فلا تذهبوا بالمغنم ونبقى، فأبى الفتيان وقالوا: جعله رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لنا، فأنزل الله عَزَّ وَجَلَّ: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَنفَالِ قُلِ ٱلْأَنفَالُ لِلَّهِ وَٱلرَّسُولِ﴾ إلى قوله: ﴿كَمَآ أَخْرَجَكَ رَبُّكَ مِنۢ بَيْتِكَ بِٱلْحَقِّ وَإِنَّ فَرِيقًا مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ لَكَٰرِهُونَ﴾ يقول: فكان ذلك خيرًا لهم، فكذلك أيضًا، فأطيعوني، فإني أعلم بعاقبة هذا منكم.

(٢) في (ز): المحاربة.

فصلٌ «في أحكام الأمان»

فصل

إذا آمَن رَجُلٌ حُرٌّ أو امرأةٌ حُرَّةٌ.. كافِرًا، أو جَماعةً، أو أهلَ حِصنٍ، أو مَدينةً: صَحَّ أمانُهم، ولم يَجُز لأحَدٍ من المُسلمينَ قَتْلُهم؛ لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «المُسلمونَ تَتكافَأُ دِماؤُهم، ويَسعى بذِمَّتهم أَدناهُم»(١).

إلا أن يكونَ في ذلك مَفسَدةٌ، فيَنبِذُ إليهم الإمامُ(٢)؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِمَّا تَخَافَنَّ مِن قَوْمٍ خِيَانَةً فَٱنۢبِذْ إِلَيْهِمْ عَلَىٰ سَوَآءٍ﴾ [الأنفال:٥٨].

قَولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «المُسلِمون تَتكافَؤُ دِماؤُهم»: أي تَتَساوى في القِصاص والدِّيَاتِ، لا فَضلَ لشَريفٍ على وَضيعٍ.

«ويَسعى بذِمَّتهم أدناهُم»: أي إذا أَعطى أدنى رَجُلٍ منهم أمانًا: فليس للباقين نَقضُه.

وأَدنى المُسلِمين: العَبدُ(٣).

---

(١) رواه الإمام أحمد (٩٥٩)، وأبو داود (٢٧٥١)، والنسائي (٤٧٤٦)، وابن ماجه (٢٦٨٣).

(٢) في (أ): فينبذ إليهم الإمام الأمان وقاتلهم.

(٣) فإن كان اللفظ مشتقًا من الأدنى الذي هو الأقل كما قال الله تعالى: ﴿وَلَآ أَدْنَىٰ مِن ذَٰلِكَ وَلَآ أَكْثَرَ﴾: فهو تنصيص على صحة أمان الواحد. =

وذكر في «السِّيَر الكبير»: المُرادُ بالذِّمّة: العَهدُ، مُؤقَّتًا كان أو مُؤبَّدًا، وذلك الأمانُ[1] وعَقدُ[2] الذِّمةِ.

ولا يَجوزُ أَمانُ ذِمّيٍّ؛ لأنه لا وِلايةَ له على المُسلمين، وكذلك الأَسيرُ؛ لأنه مَقهورٌ مُكرَهٌ، وكذلك التّاجِرُ الذي يَدخُلُ عليهم بأمان؛ لأنه في قَهرهم.

الأَمانُ من باب الوِلاية؛ لأنَّه تَنفيذُ القَولِ على الغير، شاء الغَيرُ أو أَبى، ولا وِلايةَ لكافِرٍ على مُسلِمٍ، قال الله تعالى: ﴿وَلَن يَجۡعَلَ ٱللَّهُ لِلۡكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلۡمُؤۡمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النِّساء:١٤١].

الأَسيرُ والتَّاجِرُ مَقهوران تحتَ أَيديهم، فلا يَخافونَهما، والأَمانُ يَختَصُّ بمَحَلِّ الخَوفِ؛ إذ هو ضِدُّ الخَوفِ، فلا يَجوزُ منهما.

ولأَنَّهما لَمّا كانا مَقهورَين في أيديهم: فالظَّاهِرُ أَنَّهما أُجبِرا على الأمان من

= وإن كان مشتقًّا من الدنو وهو القرب كما قال الله تعالى: ﴿فَكَانَ قَابَ قَوۡسَيۡنِ أَوۡ أَدۡنَىٰ﴾: فهو دليل على صحة أمان المسلم الذي يسكن الثغور فيكون قريبًا من العدو.

وإن كان مشتقًّا من الدناءة: فهو تنصيص على صحة أمان الفاسق؛ لأن صفة الدناءة به تليق من المسلمين.

ثم الحاصل: أن في الأمان معنى النصرة، فإن قوله: ﴿إِنَّا فَتَحۡنَا لَكَ فَتۡحٗا مُّبِينٗا﴾ نزلت في صلح الحديبية، وقد سماه الله فتحًا مبينًا ونصرًا عزيزًا، وكل مسلم أهل أن يقوم بنصرة الدين، ويقوم في ذلك مقام جماعة المسلمين، ألا ترى أنه إذا تحقق النصرة منه بالقتال على وجه يدفع شر المشركين سقط به الفرض عن جماعتهم؟! فكذلك إذا وجد منهم النصرة بعقد الأمان والصلح كان ذلك كالموجود من جماعة المسلمين. «شرح السير الكبير» ١/ ٢٥٢.

(١) في (و): بالأمان.

(٢) في (ز): عقد. وانظر هذا الموضع والذي قبله في «شرح السير الكبير» ١/ ٢٥٢.

جهتهم.

ولا يَجوزُ أَمانُ العَبدِ إذا كان مَحجورًا؛ إلا أن يَأذَنَ له المَولى في القِتال عند أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وقال أبو يوسف ومحمّدٌ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ: يَصِحُّ أمانُه؛ لحديث عمرَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ أنه أُعلِمَ بأمان العَبدِ فقال: أَمانُ واحِدٍ من المُسلِمينَ كيف أَرُدُّه[1]؟!

قَولُه: (أمانُ واحِدٍ من المُسلِمين...) هذا مَروِيٌّ عن عمرَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ، فقد رُوِي

---

(١) لم أقف عليه بهذا اللفظ، وروى عبد الرزاق (٩٤٣٦) عن فضيل بن يزيد الرقاشي قال: شهدت قرية من قرى فارس يقال لها: شاهرتا، فحاصرناها شهرًا، حتى إذا كنا ذات يوم وطمعنا أن نصبحهم، انصرفنا عنهم عند المقتل، فتخلف عبد منا فاستأمنوه، فكتب إليهم في سهم أمانًا ثم رمى به إليهم، فلما رجعنا إليهم خرجوا في ثيابهم ووضعوا أسلحتهم، فقلنا: ما شأنكم؟ فقالوا: أمنتمونا، وأخرجوا إلينا السهم فيه كتاب أمانهم، فقلنا: هذا عبد، والعبد لا يقدر على شيء، قالوا: لا ندري عبدكم من حركم، وقد خرجنا بأمان، فكتبنا إلى عمر، فكتب عمر: إن العبد المسلم من المسلمين، وأمانه أمانهم.

ورواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٣٣٣٩٣) وزاد: وأجاز عمر أمانه.

وفي «نصب الراية» ٣/ ٣٩٦: وروى البيهقي (١٨١٧٢) بإسناد ضعيف عن علي مرفوعًا: «ليس للعبد من الغنيمة شيء إلا خرثي المتاع، وأمانه جائز، وأمان المرأة جائز إذا هي أعطت القوم الأمان». انتهى، وأحاديث ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم من هذا الباب. انتهى.

قلت: لفظ البيهقي في النسخة المتداولة: «ليس للعبد من الغنيمة شيء إلا خرثي المتاع، وأمانه جائز إذا هو أعطى القوم الأمان».

وترجم له الترمذي بباب ما جاء في أمان العبد والمرأة ٣/ ١٩٣، ثم استدل بحديث: «ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم».

وبمعناه عند سعيد بن منصور موقوفًا على سيدنا عمر رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ (٢٦٠٨).

أنَّ عَبدًا كَتَب على سَهمه[1] بالفارسيّة: (مترسيت)، ورَمى به إلى قَومٍ مَحصورين، فرُفِع ذلك إلى عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فأجاز أمانَه، وقال هذا القَولَ[2]، كذا في «المَبسوط».

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: أنه مَحجورٌ عن القِتال لِحَقّ المَولى، فلا يَنفُذُ على المَولى أَمانُه، كالبَيع والتِّجارة.

قَولُه: (أنَّه مَحجورٌ عن القِتال...) إلى آخِره: اعلَم أنَّ ما كان نَفعًا مَحضًا: يُحكَم بصِحَّته من العَبد بدون الإذنِ، وما يَتردَّدُ بين النَّفعِ والضَّرِّ: يَتوَقَّفُ على إذنه، كالبَيع والشِّراءِ، والأمانُ ممّا يَتردَّدُ بين المَنفَعةِ والمَضرَّةِ؛ لأنَّه قِتالٌ مَعنًى إذا كان فيه مَصلَحةٌ، وفيه إبطالُ حَقِّ المُسلِمين في الاستِغنام والاستِرقاقِ، فلا يَملِكُه من هذا الوَجهِ.

وهذا لأنَّ التَّصرُّفَ الذي يُوهِمُ الضَّرَرَ في حَقِّ المَولى خاصّةً -كالبَيع والشِّراءِ- لا يَملِكُه العَبدُ بنَفسه، فما فيه إلحاقُ الضَّرَرِ به وبالمُسلِمين أَولى.

قَولُه: (فلا يَنفُذُ على المَولى) أي لَمّا لم يَنفُذ على المَولى لحَجره.. لا يَنفُذُ على غيره؛ لأنَّ الأمانَ ممّا لا يَتجَزَّأُ؛ لأنَّ سببَه -وهو الإيمانُ- لا يَتجَزَّأُ؛ إذ به يَصيرُ أهلًا لوِلاية الأمانِ.

والمَرويُّ[3] مَحمولٌ على المَأذون في القِتال، وإنَّما صَحَّ أمانُه: لأنَّه خَرَج بالإذن

---

(١) في (ز): سهم.

(٢) تقدم تخريجه بنحوه آنفًا.

(٣) أي من أثر عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ المار آنفًا: (أمانُ واحِدٍ من المُسلِمينَ كيف أرُدُّه).

عن أَقسامِ الوِلايةِ، مِن قِبَلِ أنَّه صار شَريكًا في الغَنيمة، فلَزِمه[1]، ثم تعَدَّى[2] حُكمُه إلى الغَير، وقَولُ العَبدِ في مِثله صَحيحٌ، كما في شَهادَته على هِلال رَمضانَ.

(١) في (و): فيلزمه، وفي (ز): ولزمه.

(٢) في (هـ) و(ز): يتعدى.

فصل ﴿في استيلاء الكفار﴾

فصل

وإذا غَلَبَ التُّرْكُ على الرُّوم فسَبَوهم وأَخَذوا أموالَهم: مَلَكوها؛ لأن مالَ أهلِ الحَرْبِ ورِقابَهم مُباحةٌ[1].

التُّركُ: جَمعُ تُركِيٍّ، والرُّومُ: جَمعُ رُومِيٍّ.

والمُرادُ منه: كُفّارُ التُّركِ، ونَصارى الرُّومِ.

قَولُه: (لأنَّ أموالَ أَهلِ الحَربِ ورِقابَهم مُباحةٌ[2]) لأنَّ العِصمةَ بالإسلام ودارِ الإسلامِ، والاستيلاءُ متى وَرَد على مالٍ مُباحٍ: يَنعَقِدُ سَبَبًا للمِلك، كالصَّيد.

فإن غَلَبنا على التُّرْك: حَلَّ لنا ما نَجِدُه من ذلك.

قَولُه: (من ذلك) إشارةٌ إلى ذلك المالِ الذي أَخَذه التُّركُ من أهل الرُّوم؛ لِما أنَّهم مَلَكوه، فصار كسائِرِ أموالِهم[3].

وإذا غَلَبوا على أَموالنا وأَحرَزوها بدارهم: مَلَكوها.

---

(١) في (ب): مباح.

(٢) في (هـ): مباح.

(٣) في (ز): أملاكهم.

وقال الشافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَملِكونَها؛ لأن فِعلَهم حَرامٌ، فلا يَصلُحُ سَبَبًا للمِلك.

ولنا: ما رُوِي عن النبيِّ عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ أنه دَخَل مَكّةَ فقيل له: ألا نَنزِلُ رِباعَك؟ فقال: «وهل تَرَك لنا عَقيلٌ من رِباعٍ!»[1].

قَولُه: (لأنَّ فِعلَهم حَرامٌ...) إلى آخِره: المِلكُ حُكمٌ مَشروعٌ، فيَستَدعي سَبَبًا مَشروعًا، والعُدوانُ المَحضُ لا يَكونُ مَشروعًا، فلا يَنتَهِضُ سَبَبًا للمِلك، كاستِيلاء المُسلِمِ على مال المُسلِمِ.

ولنا: قَولُه تعالى: ﴿لِلْفُقَرَآءِ ٱلْمُهَٰجِرِينَ...﴾ الآيةَ [الحشر:٨]، ولو لم يَملِك[2] الكُفّارُ أموالَهم بالاستيلاء لَمَا سَمّاهم فُقراءَ، ولَما قال عليٌّ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ لرَسول اللهِ عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ يومَ فَتحِ مَكّةَ: ألا تَنزِلُ دارَك يا رَسولَ اللهِ؟ قال: «وهل تَرَك لَنا عَقيلٌ من رَبْعٍ؟!»[3]، وقد كان له دارٌ في مَكّةَ وَرِثها من خَديجةَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهَا، فاستَولى عليها عَقيلٌ بعد هِجرَتِه، وكان كافِرًا في ذلك الوَقتِ، والدّارُ كانت صالِحةً للنُّزول، بدَليل قَولِ عليٍّ كَرَّم اللهُ وَجهَه: ألا تَنزِلُ رِباعَك؟ والظّاهِرُ أنَّه كان عالِمًا بفِعل أخيه.

ولأنَّ الاستِيلاءَ سَبَبٌ يَملِكُ[4] به المُسلِمُ مالَ الكافِرِ، فيَملِكُ به الكافِرُ مالَ المُسلِمِ، والفِعلُ إنَّما يكونُ عُدوانًا إذا لاقى مَحَلًّا مَعصومًا، والعِصمةُ ثابِتةٌ في حَقِّنا دون أهلِ الحَربِ؛ لانقِطاع وِلايَتِنا عنهم.

ولئِن كان الفِعلُ مَحظورًا فهو مَحظورٌ لغَيره، ومِثلُه يَصلُحُ سَبَبًا؛ لكَرامة تَفوّق

(١) رواه البخاري (١٥٨٨)، ومسلم (١٣٥١).

(٢) في (ز): يكن، وفي الحاشية: يملك (ظ).

(٣) تقدم تخريجه آنفًا.

(٤) في (ز): ملك.

المِلكِ، وهو الثَّوابُ الآجِلُ، فما ظَنُّك بالمِلك العاجِلِ؟!

فإن ظَهَر عليها المُسلِمونَ فوجَدها المالِكونَ قبل القِسمة: فهي لهم بغير شيءٍ. وإن وَجَدوها بعد القِسمة: أَخَذوها بالقيمة إن أَحَبُّوا، كذلك قال النبيُّ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «إن وَجَدتَه قَبل القِسمة: أَخَذتَه بغير شيءٍ، وإن وَجدتَه بعد القِسمة: أَخَذتَه بالقيمة إن شئت»[1].

والفَرقُ ما بين قبلَ القِسمةِ وما بعدَها: أنَّ في الأخذ بعدَ القِسمةِ ضَرَرًا بالمَأخوذ منه، بإزالة مِلكِه الخاصِّ، فيَأخُذُه[2] بالقيمة؛ ليَعتدِل النَّظَرُ من الجانِبَين، والشَّرِكةُ قبلَ القِسمةِ عامَّةٌ، فيَقِلُّ الضَّرَرُ، فيَأخُذُه بغير قيمةٍ[3].

---

(١) روى الدارقطني (٤٢٠١) عن ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «فيما أحرز العدو فاستنقذه المسلمون منهم، أو أخذه صاحبه قبل أن يقسم: فهو أحق، فإن وجده وقد قسم: فإن شاء أخذه بالثمن».

وروى عبد الرزاق (٩٣٥٨)، والطبراني (١٨٣٣)، والبيهقي (١٨٢٥٤)، عن تميم بن طرفة: أن العدو أصابوا ناقة رجل من المسلمين، فاشتراها رجل من المسلمين من العدو، فعرفها صاحبها، وأقام عليها البينة، فاختصما إلى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقضى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن يدفع إليه الثمن الذي اشتراها به من العدو، وإلا خلى بينها وبين المشتري. وانظر «نصب الراية» ٤/ ١٣٤، و«الدراية» ٢/ ١٢٩.

(٢) في (هـ) و(ز): فنأخذه، وفي (و) غير منقوطة. وانظر «الهداية» ٢/ ٣٩٣.

(٣) قال في «المبسوط» بعد تقرير ١٠/ ٥٦: إذا عرفنا هذا فنقول: عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: لما كان له أن يأخذه بعد القسمة بغير شيء فالإمام يعوض لمن وقع في سهمه قيمته من بيت المال؛ لأن نصيبه استحق، فله أن يرجع على شركائه في الغنيمة، وقد تعذر ذلك لتفرقهم في القبائل، فيعوضه من بيت المال؛ لأن حقه من نوائب المسلمين، ومال بيت المال معَدٌّ لذلك، ولأنه لو فضل من الغنيمة شيء يتعذر قسمه كالجوهر ونحوه: يوضع ذلك في بيت المال، فكذلك إذا لحق غرم يجعل ذلك=

وهذا إذا كان المَأخوذُ شيئًا لا مِثلَ له، فأمّا الدَّراهِمُ والدَّنانيرُ إن وَجَدها بعد القِسمةِ: فلا سَبيلَ له عليه؛ لأنَّه لا يُفيدُ[1].

وإن دَخَل دارَ الحَرْبِ تاجِرًا فاشتَراه[2] وأَخرَجه إلى دار الإسلام: فمالِكُه بالخِيار، إن شاء أَخَذه بالثَّمن الذي اشتَراهُ التّاجِر، وإن شاء تَرَك؛ لأن الشِّراءَ سَبَبٌ للمِلك؛ لوُقوع القِسمةِ له.

قَولُه: (لأنَّ الشِّراءَ سَبَبُ المِلك لوُقوع القِسمةِ) أي الحَديثُ وَرَد في القِسمةِ، فقد رُوِي أنَّ المُشرِكين أَحرَزوا[3] ناقةً لمُسلِمٍ في دارهم، ثم وَقَعت في الغَنيمة[4]، فخاصَم فيها المالِكُ القَديمُ، فقال النبيُّ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «إن وَجدتَها قبل القِسمةِ...» الحَديثَ[5]، لكنَّها سَبَبٌ للمِلك، والشِّراءُ سَبَبٌ للمِلك أيضًا، فيَثبُتُ الحُكمُ فيه دَلالةً.

ولا يَملِكُ علينا أَهلُ الحَربِ بالغَلبة مُدَبَّرينا، وأُمَّهاتِ أَولادِنا، ومُكاتَبينا، وأَحرارَنا؛ لأن هؤلاءِ لا يُملَكون بسبَبٍ من الأسباب.

=على بيت المال؛ لأن الغرم يقابل بالغنم. انتهى.

(١) فالأخذ شرعًا إنما ثبت له إذا كان مفيدًا، وقبل القسمة هو مفيد، فأما بعد القسمة لو أخذها بمثلها وذلك غير مفيد فإن المالية في هذه الأشياء باعتبار الكيل والوزن، ولهذا جرى الربا فيها، فلكون الأخذ غير مفيد قلنا بأنه لا يكون مشروعًا، بخلاف ما لا مثل له، فإنه يأخذه بالقيمة، وذلك يكون مفيدًا؛ لما في العين من الغرض الصحيح للناس. «المبسوط» ١٠/ ٥٤.

(٢) العبارة في (أ): تاجرٌ فاشترى من مال المسلمين شيئًا.

(٣) في (ز): أخذوا.

(٤) في (و): القسمة، وفي حاشية (ز): القسمة (خ).

(٥) تقدم تخريجه في المتن.

قَولُه: (لأنَّ هؤلاءِ لا يُملكون بسَبَبٍ من الأسباب) كالبَيع والشِّراءِ، فلا يُملكون بالاستيلاء؛ لأنَّه سَبَبٌ للمِلك في مَحَلٍّ مُباحٍ، لا في مَحَلٍّ مَعصومٍ.

ونَملِكُ عليهم جَميعَ ذلك؛ لأنهم أَرِقّاءُ في حَقِّنا.

قَولُه: (لأنَّهم أرِقّاءُ) الشَّرعُ أَسقَط عِصمَتَهم، وضَرَب الرِّقَّ عليهم، وجَعَلهم عُرضةً للتَّملُّك والابتِذالِ: جَزاءً على جِنايتهم؛ لأنَّهم لَمّا أنكَروا وَحدانيّةَ اللهِ تعالى: جازاهم اللهُ بأن جَعَلهم عَبيدَ عَبيدِه.

وإذا أَبَق عَبدٌ لمُسلِمٍ فدَخَل عليهم فأَخَذوه: لم يَملِكوه عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ.

وعندهما: يَملِكونَه، كما لو استَولَوا عليه، وكما لو نَدَّ إليهم بَعيرٌ فأَخَذوه مَلَكوه.

لأبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: أن العَبدَ لَمّا خَرَج من دار الإسلامِ قبل أن يَصِلَ إلى دار الحَرْبِ: ظَهَرت يَدُه على نفسه، وزالت عنه يَدُ المالِك، بخِلاف العَبدِ المُتردِّدِ في دار الإسلام؛ لأن يدَه ساقِطةٌ لظُهور يَدِ المَولى عليه، بخِلاف البَعير؛ لأنه لا يَدَ له على نفسه.

قَولُه: (ظَهَرت يَدُه على نَفسه) العَبدُ صار في يَد نَفسِه، وهي يَدٌ مُحتَرَمةٌ، فتكونُ دافِعةً لإحراز المُشرِكين إيّاه، كيَد المُكاتَبِ، وهذا لأنَّ يَدَ المَولى زالَت عنه بالإباق حَقيقةً وحُكمًا[1]؛ لدُخوله حَدًّا لا يَأتي فيه المُسلِمون وأهلُ الحَربِ.

وهذا مَعنى قَولِه: (قبل أن يَصِلَ إلى دار الحَربِ[2]) فصار في يَد نَفسِه؛ لزَوال المانِعِ، بخِلاف المُتَردِّدِ؛ لأنَّه في يَد مَولاهُ حُكمًا؛ لقيام يَدِ أهلِ الدّارِ، فمَنَع ظُهورَ يَدِ

(١) سقطت من (و).

(٢) قوله: (وهذا معنى قوله قبل أن يصل إلى دار الحرب) مثبت من (ز).

العَبدِ، ولهذا لو وَهَب من ابنه[1] الصَّغيرِ: صار قابِضًا له[2].

المُتَرَدِّدُ: الذي يَدورُ في دار الإسلامِ، ولم يَلحَق بدار الحَربِ.

---

(١) في (و): وهب لابنه.

(٢) فبقاء المانع حكمًا يمنع ثبوت اليد له في نفسه، فيتم إحراز المشركين إياه، فأما الآبق إلى دار الحرب: لا يكون في يد مولاه حكمًا، حتى لو وهبه من ابنه الصغير لا يجوز، هكذا ذكره أبو الحسين قاضي الحرمين عن أبي حنيفة رَحِمَهُمَاٱللَّهُتَعَالَىٰ.

بخلاف الدابة إذا ندت إليهم؛ لأنها ليست من أهل أن تثبت لها اليد في نفسها.

وبخلاف آبقهم إلينا؛ لأن يده في نفسه ليست بمحترمة، فيتم إحراز المسلمين إياه.

وبخلاف التملك بالإرث والضمان، فإنه تملُّكٌ حكميٌّ يثبت في المحل الذي لا يقبل الملك قصدًا بسببه، كالخمر والقصاص يملك بالإرث، والدين يملك بالإرث والضمان، وإن لم يكن محلًا للتمليك بالقهر، وهذا لما بينا أنه مع بقاء العصمة والإحراز قد يملك بالإرث والضمان، ولا يملك بالأخذ. «المبسوط» ١٠/ ٥٦.

فصلٌ ﴿في تتمة أحكام قسمة الغنائم﴾

فصلٌ

وإذا لم يكن للإمام حَمولةٌ يَحمِلُ عليها الغَنائِم: قَسَمها بين الغانِمينَ قِسمةَ إيداعٍ ليَحمِلُوها إلى دار الإسلام؛ ليَحصُلَ المَقصودُ، ثم يَقسِمُها.

الحَمُولة بالفَتح: ما يُحمَل عليه، من فَرَسٍ، أو بَعيرٍ، أو بَغلٍ، أو حِمارٍ.

ولا يَجوزُ بَيعُ الغَنائِمِ قبل القِسمةِ بين الغانِمين؛ لأنه لم يَظهر لكلِّ واحِدٍ فيها مِلكٌ.

قَولُه: (ولا يَجوزُ بَيعُ الغَنائِمِ) أي لا يَجوزُ للغانِمين بيعُها؛ لأنَّ للإمام وِلايةَ البَيعِ، كذا ذَكَر في «المَبسوط».

ومَن مات من الغانِمينَ في دار الحَرب: فلا حَقَّ له في الغَنيمة؛ لأنه لم يَملِك إلا بالإحراز.

فإن مات بعد أن أخرَجها إلى دار الإسلام: فنَصيبُه لوَرَثته؛ لأنه صار شَريكًا فيها بمِلكٍ ثابِتٍ.

قَولُه: (لأنَّه لم يَملِك إلا بالإحراز) ذَكَر في «الهِداية»: المِلكُ إنَّما يَتِمُّ بالإحراز، أو بقِسمة[1] الإمامِ في دار الحَربِ، أو ببَيعِه المَغانِمَ فيها.

(١) في (ز): بالإحراز ويقسمه.

وذَكَر في «المَبسوط» و«شَرحِ» أبي نَصرٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الحَقُّ يَثبُتُ بنَفس الأَخذِ، ويَتأكَّدُ بالإحراز، ويُملَك بالقِسمة.

وهذا اللَّفظُ يُشيرُ إلى أنَّ المِلك غيرُ ثابِتٍ قبل القِسمةِ.

ووَجهُ التَّوفيقِ بين الرِّواياتِ أن نَقولَ: المِلكُ يَثبُتُ بالإحراز، لكنّه إنَّما يَتأكَّدُ بالقِسمة.

والدَّليلُ عليه: ما ذَكَر في «المَبسوط»: إذا أَعتَق رَجُلٌ من الجُند جارِيةً من الغَنيمة.. في القِياس: يَنفُذُ عَتقُه؛ لأنَّ حَقَّهم تَأكَّد بالإحراز، ألا ترى أنَّه بالقِسمة يَتعَيَّنُ مِلكُ كلِّ واحِدٍ منهم! والقِسمةُ لتَمييز المِلكِ، لا لابتِداء المِلكِ، فتَبيَّن به أنَّ المِلكَ كان ثابِتًا من قبلُ، وأنَّه أَعتَق جارِيةً مُشتَركةً بينه وبين غيرِه.

ولا بأس بأن يُنَفِّلَ الإمامُ في حالة القِتال، ويُحَرِّضَ بالنَّفْل على القِتال، فيَقولُ الإمام: (من قَتَل قَتيلًا فله سَلَبُه)[1]، أو يَقولَ للسَّرِيّة: (قد جَعلتُ لكم الرُّبُعَ بعد الخُمُس)، كذلك التَّوارُث[2]، وفيه مَصلَحةُ التَّقويةِ والتَّشجيع.

التَّنفيلُ عند الفُقهاء: ما يُحَرِّضُ به الإمامُ بعضَ الغانِمين، فيَقولُ: (من قَتَل قَتيلًا فله سَلَبُه)، والفاءُ في (فيَقول) للتَّفسير.

---

(١) روى البخاري (٣١٤٢) ومسلم (١٧٥١) مرفوعًا: «من قتل قتيلًا له عليه بينة فله سلبه».

(٢) روى الإمام أحمد (١٧٤٦٥)، وأبو داود (٢٧٤٩)، والترمذي (١٥٦١)، وابن ماجه (٢٨٥٢): عن حبيب بن مسلمة: أن رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان ينفل الربع بعد الخمس، والثلث بعد الخمس إذا قفل.

وروى الإمام أحمد (١٧٤٦٢) وأبو داود (٢٧٤٨)، وابن ماجه (٢٨٥٢): عن حبيب بن مسلمة الفهري: أن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نفل الثلث بعد الخمس.

ثم ذَكَر هنا بلَفظ: (لا بَأس)، وذَكَر في «المَبسوط» بلَفظ الاستِحباب.

وسَمّى ما يَؤولُ إلى القَتل: قَتيلًا، كقَوله تعالى: ﴿إِنِّيٓ أَرَىٰنِيٓ أَعۡصِرُ خَمۡرٗاۖ﴾[1] [يُوسُف:٣٦]، وسَمّى مالَ المَقتولِ من الثِّياب والسِّلاحِ: سَلَبًا؛ لأنه يُسلَب[2] غالِبًا، ويَؤُولُ إليه.

قَولُه: (بعد الخُمُسِ) أي بعدما رُفِع الخُمُسُ.

ولا يُنَفِّلُ بعد إحرازِ الغَنيمةِ بدار الإِسلامِ إلا من الخُمُس؛ لتَعَلُّق حَقِّ الغانمينَ به.

قَولُه: (لتعلُّق حَقِّ الغانِمين به) مُتَّصِلٌ بقَوله: (بدار الإسلامِ)، والمُرادُ تَعلُّقُ حَقٍّ[3] مُتأكِّدٍ؛ لأنَّ قبلَ الإحرازِ التَّعلُّقَ قائِمٌ، والحَقَّ ثابِتٌ.

قَولُه: (إلا من الخُمُس) ذَكَر في «السِّيَر الكَبيرِ»: وما رُوِي أنَّه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَفَّل بعد الإحرازِ[4] فهو مَحمولٌ على أنَّه أَعطى ذلك من الخُمُس بعضَ المُحتاجين، باعتِبار أنَّه من المَساكين، أو أَعطى ذلك من سَهم نَفسِه من الخُمُس[5].

---

(١) فالمعصور هو العنب، وسماه خمرًا باعتبار ما سيؤول إليه.

(٢) في (هـ): يسلب إليه.

(٣) في (و): حكم.

(٤) روى البخاري (٣١٣٤) ومسلم (١٧٤٩) عن ابن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا: أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بعث سرية فيها عبد الله بن عمر قِبَل نجد، فغنموا إبلًا كثيرة، فكانت سهامهم اثني عشر بعيرًا، أو أحد عشر بعيرًا، ونُفِّلوا بعيرًا بعيرًا.

(٥) قال الإمام محمد في «موطئه» عقب حديث ابن عمر المار (٨٦٣): كان النفل لرسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، يُنَفِّل من الخمس أهل الحاجة، وقد قال الله تعالى: ﴿قُلِ ٱلۡأَنفَالُ لِلَّهِ وَٱلرَّسُولِۖ﴾، فأما اليوم فلا نفل بعد إحراز الغنيمة إلا من الخمس لمحتاج.

وإذا لم يُجعَل السَّلَبُ للقاتِلِ فهو من جُملة الغَنيمة.

والقاتِلُ وغيرُه فيه سَواءٌ؛ لإطلاق قَولِه تعالى: ﴿وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمۡتُم مِّن شَيۡءٖ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ﴾ [الأنفال:٤١].

(**والقاتِلُ وغيرُه سَواءٌ**) لتَأكيد[١] قَولِه: (فهو من جُملة الغَنيمةِ).

قَولُه تعالى: ﴿وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمۡتُم...﴾ الآيَةَ، الاستِدلالُ به: أنَّ الخُمُسَ ثَبَت بالنَّصِّ في الغنائِم، والسَّلَبُ من الغَنيمة؛ لأنَّ الغَنيمةَ مالٌ مُصابٌ[٢] بأشرَف الجِهاتِ، فيَنبَغي أن يَجِبَ الخُمُسُ بظاهِر الآيةِ.

وعند الشافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَجِبُ.

وما نَفَّل -من قَوله: (من قَتَل قَتيلًا فله سَلَبُه)- كان على سَبيل التَّنفيلِ منه، لا على[٣] وَجه نَصبِ الشَّرعِ.

والسَّلَبُ: ما على المَقتولِ من ثِيابه، وسِلاحِه، ومَركَبُه؛ لأنه هو الذي يُسلَب منه.

قَولُه: (ومَركَبُه) هو مَعطوفٌ على (ما)، فيكونُ مَرفوعًا؛ إذ لو كان مَجرورًا للَزِم أن يكونَ المَركَبُ على المَقتول، وهو مَنقولٌ عن العَلّامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ رِوايةً وتَعليلًا.

وإذا خَرَج المُسلِمونَ من دار الحَرب: لم يَجُز لهم أن يَعلِفوا من الغَنيمة، ولا يَأكُلوا منها.

---

(١) في (و): لتأكد.

(٢) في (ز): مضاف.

(٣) قوله: (على سبيل التنفيل منه لا على) غير مثبت في (و).

ومن فَضَل معه طَعامٌ أو عَلَفٌ: رَدَّه إلى الغَنيمة؛ لتَعلُّق حَقِّ الكُلِّ به.

ويَقسِمُ الإمامُ الغَنيمةَ، فيُخرِجُ خُمُسَها، ويَقسِمُ الأَربعةَ الأَخماسِ بين الغانِمينَ، للفارِس سَهمانِ، وللرَّاجِل سَهمٌ واحِدٌ.

وقال أبو يوسف ومحمّدٌ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: للفارس ثَلاثةُ أَسهُمٌ، كذا رَوَى ابن عمرَ[1] رَضِيَٱللَّهُعَنْهُمَا عن النبيِّ صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ[2][3].

رَوى ابنُ عمرَ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُمَا: أنَّ رسولَ اللهِ صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ أَسهَم[4] للفارِس ثَلاثةَ أَسهُمٍ[5].

ورُوِي عنه[6] أنَّه صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ قَسَم للفارِس سَهمَين، سَهمًا له، وسَهمًا لفَرَسه[7].

---

(١) في (ب): عن عمر.

(٢) روى البخاري (٤٢٢٨) ومسلم (١٧٦٢) عن عبيد الله بن عمر، حدثنا نافع، عن عبد الله بن عمر: أن رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ قسم في النَّفَل للفرس سهمين، وللرجل سهمًا.

(٣) في (أ) زيادة: ولأبي حنيفة رَحِمَهُٱللَّهُ ما روي عن ابن عباس رَضِيَٱللَّهُعَنْهُمَا أن النبي عَلَيۡهِٱلسَّلَامُ قسم للفارس سهمين وللراجل سهما يوم بدر.

(٤) في (و): قسم.

(٥) تقدم تخريجه في المتن آنفًا.

(٦) مثبتة من (ز). والضمير راجع إلى ابن عمر رَضِيَٱللَّهُعَنْهُمَا.

(٧) روى الدارقطني (٤١٨٠) عن ابن عمر: أن رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ جعل للفارس سهمين وللراجل سهمًا.

وروى الإمام أحمد (١٥٤٧٠)، وأبو داود (٢٧٣٦) واللفظ له عن مجمع بن جارية الأنصاري -وكان أحد القراء الذين قرؤوا القرآن- قال: شهدنا الحديبية مع رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ، فلما=

فتَعارَضت رِواياته، فترَجَّحُ رِوايةُ ابنِ عبّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا[1].

على أنَّه يَحتَمِلُ أنَّه أعطاهُ سَهمًا على وَجه التَّنفيلِ.

ولا يُسهِمُ إلا لفَرَسٍ واحِدٍ.

وقال أبو يوسف: يُسهَمُ لفَرَسَين؛ لأنه قد يَفتَقِرُ إلى الثّاني.

ولنا: أنه لا يُقاتِلُ إلا على فَرَسٍ واحِدٍ.

قَولُه: (ولَنا: أنه لا يُقاتِلُ إلا على فَرَسٍ واحِدٍ) أي الاستِحقاقُ بواسِطة القِتالِ، والقِتالُ إنَّما يكونُ بفَرَسٍ واحِدٍ، وهذا نَظيرُ ما مَرَّ أنَّ المَرأةَ لا تَستَحِقُّ النَّفَقةَ إلا لخادِمٍ واحِدٍ عندهما، وعنده لخادِمَين[2].

=انصرفنا عنها إذا الناس يهزون الأباعر، فقال بعض الناس لبعض: ما للناس؟ قالوا: أوحي إلى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فخرجنا مع الناس نوجف، فوجدنا النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ واقفًا على راحلته عند كراع الغميم، فلما اجتمع عليه الناس قرأ عليهم: ﴿إِنَّا فَتَحْنَا لَكَ فَتْحًا مُّبِينًا﴾، فقال رجل: يا رسول الله! أفتح هو؟ قال: «نعم، والذي نفس محمد بيده إنه لفتح»، فقسمت خيبر على أهل الحديبية، فقسمها رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ على ثمانية عشر سهمًا، وكان الجيش ألفًا وخمسمائة، فيهم ثلاثمائة فارس، فأعطى الفارس سهمين، وأعطى الراجل سهمًا.

(١) يشير المصنف رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى إلى ما ذكره في «الكافي» ٥/ ٤٤٧ من رِواية ابنِ عبّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أن النَّبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَسَم للفارِس سَهمَين، وللرّاجِل سهمًا.

قال في «نصب الراية» ٣/ ٤١٦: غريب من حديث ابن عباس، وفي الباب أحاديث... ثم ذكر منها حديث أبي داود المار.

(٢) قال ي «الهداية» ٢/ ٢٨٧: ولا تفرض -أي النفقة- لأكثر من نفقة خادم واحد، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رَحِمَهُمَا اللَّهُ، وقال أبو يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: تفرض لخادمين؛ لأنها تحتاج إلى أحدهما لمصالح الداخل وإلى الآخر لمصالح الخارج، ولهما: أن الواحد يقوم بالأمرين، فلا ضرورة إلى اثنين... إلخ.

والبَراذينُ والعِرابُ والعِتاقُ سَواءٌ؛ لأنه من الخَيل.

ولا يُسهَمُ لراحِلةٍ ولا بَغلٍ.

البِرذونُ: فَرَسُ العَجَمِ.

وعَتاقُ الخَيلِ: كِرامُها.

وقيل: العِرابُ والعِتاقُ: الفَرَسُ العَرَبِيُّ.

قَولُه: (لأَنَّه من الخَيل) أي اسمُ الخَيلِ يَنطَلِقُ على الكُلِّ، واستِحقاقُ السَّهمِ بالخَيل، يعني[1] إرهابَ العَدوِّ، قال اللهُ تعالى: ﴿وَمِن رِّبَاطِ ٱلۡخَيۡلِ تُرۡهِبُونَ بِهِۦ عَدُوَّ ٱللَّهِ وَعَدُوَّكُمۡ﴾ [الأنفال:٦٠]، فالإرهابُ يَحصُلُ بالبِرذَون كما يَحصُلُ بالفَرَس العَرَبِيِّ.

وهذا لأنَّ لكُلِّ واحِدٍ منهما مَنفعةً مُعتبَرةً، فالعَرَبِيُّ في الطَّلَب والهَرَبِ أقوى، والبِرذَونُ أصبَرُ وألينُ عِطفًا[2] عند اللِّقاءِ، والإرهابُ لا يَحصُلُ بالرَّاحِلة والبَغلِ؛ لأنَّه لا يُقاتَل عليهما، فلا يُسهَم لهما.

ومَن دَخَل دارَ الحَربِ فارِسًا ثم نَفَق فَرَسُه: استَحَقَّ سَهمَ فارِسٍ عندنا.

الإنفاقُ: الإهلاكُ في الغَرَض المَطلوبِ له، ومنه النَّفَقةُ، وإنَّما خُصَّ بلَفظة (نَفَق) لأنَّه هَلَكَ في الغَرَض المَطلوبِ[3]، وهو الجِهادُ.

---

(١) في (ز): لمعنى.

(٢) عِطفا الرجل: جانباه من لدن رأسه إلى وركيه، وكذا عِطفا كل شيء: جانباه.»المختار» ص٢١٢. وعطفت الشيء عَطفًا: ثنيته أو أملته، فانعطف، وعطف هو عطوفًا: مال. «المصباح» ٤١٦/٢. واستعطف ناقته: أي عطفها بأن جذب زمامها لتميل رأسها. «المغرب» ص٣١٩.

(٣) في (ز): المطلوب له.

وقال الشافعيُّ: له سَهمُ راجِلٍ؛ لأن السَّبَبَ شُهودُ الوَقْعة.

ولنا: أن الوُقوفَ على الفارِس والرَّاجِلِ حالةَ الحَرْبِ مُتعَسِّرٌ[1]، فأُقيمَ مُجاوزَةُ الدَّرْبِ مُقامَه.

وكذلك لو دَخَل راجِلًا ثم اشتَرى فَرَسًا: استَحَقَّ سَهمَ راجِل.

ولا يُسهَمُ لمَملوكٍ، ولا امرَأةٍ، ولا صَبِيٍّ، ولا ذِمِّيٍّ؛ لأن هؤلاء لا يُقاتِلون.

ولا يُسَوَّى بينهم وبين الحُرِّ المُقاتِلِ العاقِلِ البالِغ، ولكن يُرضَخُ لهم شَيءٌ على حَسَب ما يَرى الإمامُ.

الوَقعةُ: الحَربُ.

السَّبَبُ عند الشافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: شُهودُ الوَقعةِ؛ لأنَّ الاعتِبارَ بحَقيقة القِتالِ، لكنَّ الوُقوفَ عليه مُتعذِّرٌ، أو مُتعَسِّرٌ، فأُقيم شُهودُ الوَقعةِ مُقامَه؛ لأنَّه أقرَبُ إلى القِتال.

لنا: أنَّ السَّبَبَ هو المُجاوَزةُ؛ لأنَّ الوُقوفَ على شُهود الوَقعةِ مُتعَسِّرٌ أيضًا، كما كان الوُقوفُ على حَقيقة القِتالِ مُتعَسِّرًا[2]، فأُقيمَ المُجاوَزةُ التي بها يَلحَقُهم الخَوفُ[3] مُقامَها.

وهذا لأنَّ الإمامَ إنَّما يَكتُبُ أسامِيَ الفُرسانِ والرَّجّالةِ عند مُجاوَزةِ الدَّربِ، ويَشِقُّ عليه تَفقُّدُ أحوالِهم بعد ذلك، وكذا إرهابُ العَدُوِّ يَحصُلُ عند المُجاوَزةِ؛ لأنَّه يَنشُرُ الخَبَرَ في دارهم أنه دَخَل كذا كذا فارِسًا، فيُعتبَرُ حالُ الشَّخصِ عند المُجاوَزةِ،

---

(١) في (ب): متعذر.

(٢) قوله: (كما كان الوقوف على حقيقة القتال متعسرًا) مثبت من (و).

(٣) في (و): الحرب.

فارِسًا أو راجِلًا.

وأما الخُمُس: فإنه يُقسَم على ثلاثة أَسهُمٍ: سَهمٌ لليَتامى، وسَهمٌ للمَساكين، وسَهمٌ لابن السَّبيل.

ويَدخُلُ فقراءُ ذَوي القُربى فيهم، ويُقدَّمون.

ولا يُدفَع إلى أغنيائِهم شيءٌ.

قَولُه: (ويَدخُلُ فُقراءُ ذَوي القُربَى فيهم) أي أيتامُ ذَوي القُربَى يَدخُلون في سَهم اليَتامى، ومَساكينُ ذَوي القُربى يَدخُلون في سَهم المَساكين، وأبناءُ السَّبيلِ من ذَوي القُربى كذلك.

وسَبَبُ الاستِحقاقِ في هذه الأَصنافِ الثَّلاثةِ: الاحتياجُ، غيرَ أنَّ سَببَه مُختَلِفٌ في نَفسه، من اليُتم، والمَسكَنةِ، وكَونِه ابنُ السَّبيلِ، حتى لو اقتَصَر على صِنفٍ واحِدٍ: يَجوزُ عندنا، كذا قاله الشَّيخُ الإمامُ بَدرُ الدِّينِ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وأما ما ذَكَر اللهُ تعالى في الخُمُس لنَفسه[1]: فإنما هو لافتِتاح الكَلامِ تبرُّكًا باسمِه.

قَولُه: (تبرُّكًا باسمه) عندنا: ذِكرُ اسمِ اللهِ تعالى ليس للاستِحقاق؛ لأنَّ الدُّنيا بما فيها لله تعالى، ولكن للتَبرُّك أو لتشريفِ هذا المالِ كإضافة النَّاقةِ والمَساجِدِ[2].

---

(١) أي في قوله تعالى: ﴿وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمۡتُم مِّن شَيۡءٖ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي ٱلۡقُرۡبَىٰ وَٱلۡيَتَٰمَىٰ وَٱلۡمَسَٰكِينِ وَٱبۡنِ ٱلسَّبِيلِ إِن كُنتُمۡ ءَامَنتُم بِٱللَّهِ وَمَآ أَنزَلۡنَا عَلَىٰ عَبۡدِنَا يَوۡمَ ٱلۡفُرۡقَانِ يَوۡمَ ٱلۡتَقَى ٱلۡجَمۡعَانِۗ وَٱللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيۡءٖ قَدِيرٌ﴾.

(٢) أي في قوله تعالى: ﴿فَقَالَ لَهُمۡ رَسُولُ ٱللَّهِ نَاقَةَ ٱللَّهِ وَسُقۡيَٰهَا﴾، وقوله سبحانه: ﴿إِنَّمَا يَعۡمُرُ مَسَٰجِدَ ٱللَّهِ مَنۡ ءَامَنَ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِ وَأَقَامَ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتَى ٱلزَّكَوٰةَ وَلَمۡ يَخۡشَ إِلَّا ٱللَّهَۖ فَعَسَىٰٓ أُوْلَٰٓئِكَ أَن=

وعند أبي العاليةِ: سَهمُ اللهِ تعالى يُصرَف إلى عِمارة الكَعبةِ إن كانت القِسمةُ بالقُرب منها، وإلى عِمارة الجامعِ[1] في كلِّ بَلدةٍ هي بالقُرب من مَوضِع القِسمةِ، فكانت القِسمةُ عنده على سِتّة أسهُمٍ.

وسَهمُ النَّبيِّ عَلَيْهِ السَّلَامُ سَقَط بمَوتِه، كما سَقَط الصَّفِيُّ[2].

قَولُه: (وسَهمُ النَّبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سَقَط بمَوته) وعند الشَّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ: هو باقٍ، ويُصرَف إلى كلِّ خَليفةٍ بعدَه.

الصَّفِيُّ: شيءٌ نَفيسٌ كان يَصطفيه لنَفسه، من فَرَسٍ أو جارِيةٍ، كما رُوِي أنَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اصطَفى ذا الفَقارِ[3] من غَنائم بَدرٍ[4]، ....

=﴿يَكُونُواْ مِنَ ٱلۡمُهۡتَدِينَ﴾.

(١) في (و): المساجد.

(٢) روى أبو داود (٢٩٩١) عن عامر الشعبي، قال: كان للنبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سهم يدعى الصفي، إن شاء عبدًا، وإن شاء أمة، وإن شاء فرسًا، يختاره قبل الخمس.

وروى النسائي (٤١٤٥) عن مطرف قال: سئل الشعبي عن سهم النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وصفيه، فقال: أما سهم النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فكسهم رجل من المسلمين، وأما سهم الصفي فغُرة تُختار من أي شيء شاء.

(٣) سمي كذلك لأنه كان فيه حفر صغار حسان. والمُفَقَّر من السيوف: الذي فيه حزوز مطمئنة. «النهاية» لابن الأثير ٣/ ٤٦٤.

وفي «التنوير شرح الجامع الصغير» ٨/ ٤٧٩: قال الأصمعي: دخلت على الرشيد فقال: أريكم سيف رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ذو الفقار، فجاء به فما رأيت سيفًا أحسن منه، إذا نُصب لم يُر فيه شيءٌ، وإذا بطح عُدَّ فيه سبع فِقَر، وإذا صفيحته يمانية، يحار الطرف فيه من حسنه.

(٤) رواه الإمام أحمد (٢٤٤٥)، والترمذي (١٥٦١)، وابن ماجه (٢٨٠٨).

واصطَفى صَفِيّةَ من غنائِم خَيبرَ[1]، وذلك قد سَقَط بوَفاته بالإجماع.

وسَهمُ ذَوي القُربى كانوا يَستَحِقُّونه في زَمنِ النبيِّ عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ بالنُّصرة، وبعده بالفَقر، بدليل ما رُوِي أن النبيَّ عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ أَعطى لبني هاشِمٍ وبَني المُطَّلب، ولم يُعطِ بني عبدِ شَمسٍ ولا بني نَوفَلٍ، فجاء عُثمانُ بنُ عَفّانَ وجُبَيرُ بنُ مُطعِمٍ وقالا: إنا لا نُنكِرُ فَضْلَ بني هاشِمٍ لمكانك الذي وَضَعك الله فيهم، إنّا نحن وبَنو المُطَّلِبِ في القَرابة إليك سَواءٌ، فما بالُك أعطَيتَهُم وحَرَمتنا؟ فقال عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ: «إنهم لم يَزالوا معيَ في الجاهِليّة والإسلامِ هكذا» وشَبَّك بين أصابعه[2]، فدَلَّ أن المُرادَ بقول اللهِ تعالى ﴿وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ﴾ [الأنفال:٤١]: قُربُ النُّصرة لا قُربُ القرابةِ، فلا يكون فيه حُجّةٌ للشافعيّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

---

(١) روى البخاري (٢٢٣٥) عن أنس بن مالك رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ قال: قدم النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خيبر، فلما فتح الله عليه الحصن.. ذُكر له جمال صفية بنت حيي بن أخطب، وقد قتل زوجها، وكانت عروسًا، فاصطفاها رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لنفسه، فخرج بها حتى بلغنا سد الروحاء حَلَّت فبنى بها، ثم صنع حَيْسًا في نِطعٍ صغير، ثم قال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «آذن من حولك»، فكانت تلك وليمة رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ على صفية، ثم خرجنا إلى المدينة قال: فرأيت رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يحوي لها وراءه بعباءة، ثم يجلس عند بعيره، فيضع ركبته فتضع صفية رجلها على ركبته حتى تركب.

(٢) ورد بألفاظ متقاربة: فرواه الإمام أحمد (١٦٧٤١) بلفظ: «إنهم لم يفارقوني في جاهلية ولا إسلام، وإنما هم بنو هاشم وبنو المطلب شيئًا واحدًا» قال: ثم شبك بين أصابعه.

وأبو داود (٢٩٨٠) بلفظ: «إنا وبنو المطلب لا نفترق في جاهلية ولا إسلام، وإنما نحن وهم شيء واحد» وشبك بين أصابعه.

والنسائي (٤١٣٧) بلفظ: «إنهم لم يفارقوني في جاهلية ولا إسلام، إنما بنو هاشم وبنو المطلب شيء واحد» وشبك بين أصابعه.

قَولُه: (وسَهمُ ذَوي القُربى...) إلى آخِره: هذا الذي ذَكَره اختيارُ[1] الكَرخِيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، فإنَّه يَقولُ: إنَّما سَقَط بمَوته هذا السَّهمُ في حَقِّ الأغنياءِ منهم دون الفُقَراءِ.

وكان الطَّحاويُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ يَقولُ: سَقَط في حَقِّ الفُقَراءِ والأغنياءِ منهم جَميعًا.

وَجهُ الأوَّلِ: ما رُوي أنَّ عُمَرَ[2] رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ: أعطى الفُقَراءَ منهم[3].

ويُقدَّمون على سائِر الفُقَراءِ؛ تَرجيحًا[4] للقَرابة.

ومَعنى الحَديثِ: أنَّ أصلَ النَّسَبِ هو عَبدُ مَنافٍ، كان له أربعةُ بَنينَ، هاشِمٌ، والمُطَّلِبُ، ونَوفَلٌ، وعَبدُ شَمسٍ..

ورَسولُ اللهِ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان من أَولاد هاشِمٍ، فإنَّه مُحمَّدُ بنُ عَبدِ الله بنِ عبدِ المُطَّلِبِ بنِ هاشِمِ بنِ عبدِ مَنافٍ.

وجُبَيرُ بنُ مُطعِمٍ كان من بَني نَوفَلٍ، فإنَّه جُبَيرُ بنُ مُطعِمِ بنِ عَدِيِّ بنِ نَوفَلِ بنِ عبدِ مَنافٍ.

وعُثمانُ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ كان من بَني عبدِ شَمسٍ، فإنَّه عُثمانُ بنُ عَفَّانَ بنِ أبي العاصِ

---

(١) سقطت من (هـ).

(٢) في (و) و(ز): ما روى ابن عمر.

(٣) روى الإمام أحمد (٢٩٤١) وأبو داود (٢٩٨٢) والنسائي (٤١٣٣) واللفظ له: أن نجدة الحروري حين خرج في فتنة ابن الزبير أرسل إلى ابن عباس يسأله عن سهم ذي القربى لمن تراه؟ قال: هو لنا، لقربى رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قسمه رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لهم، وقد كان عمر عرض علينا شيئًا رأيناه دون حقنا، فأبينا أن نقبله، وكان الذي عرض عليهم أن يعين ناكحهم، ويقضي عن غارمهم، ويعطي فقيرهم، وأبى أن يزيدهم على ذلك.

(٤) في الأصل: (احترامًا) بدل (ترجيحًا).

بنِ أُميّةَ بنِ عبدِ شَمسٍ بنِ عبدِ مَنافٍ.

وكان بَنو هاشِمٍ أولادَ جَدِّه، وبَنو المُطَّلِبِ وبَنو نَوفَلٍ وبَنو عبدِ شَمسٍ من أولاد أخي جَدِّه، ووَلَدُ جَدِّ الإنسانِ أقرَبُ إليه من وَلَد أخي جَدِّه.

فهذا مَعنى قَولِهما: لا نُنكِرُ فَضلَ بَني هاشِمٍ، فأما نحن -أي بَنو نَوفَلٍ وبنو عَبدِ شَمسٍ- مع بَني المُطَّلِبِ في القَرابة أُسوةٌ[1]، فأشكَل ذلك عليهما، فسَألا رَسولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ، فأزال إشكالَهما ببَيان عِلّةِ الاستِحقاقِ، أنَّه النُّصرَةُ[2] دون القَرابةِ.

ولم يُرِد نُصرَةَ القِتالِ، فقد كان ذلك مَوجودًا في عُثمانَ وجُبَيرٍ، وإنَّما نُصرَةَ الاجتِماعِ إليه للمُؤانَسة في حال ما هَجَره النَّاسُ، على ما رُوِي أنَّ اللهَ تعالى لَمّا بَعَث رَسولَه من بَني هاشِمٍ، ورَأت قُرَيشٌ آثارَ الخَيرِ فيهم: حَسَدوهم، وتَعاقَدوا فيما بَينهم أن لا يُجالِسوا بَني هاشِمٍ ولا يُكلِّموهم، حتى يَدفَعوا إليهم رسولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ ليَقتُلوه، وتَعاقَدَ بَنو هاشِمٍ فيما بينهم على القِيام بنُصرة رَسولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ[3]، فدَخَل بَنو نَوفَلٍ وبَنو عبدِ شَمسٍ في عَهد قُرَيشٍ، ودَخَل بَنو المُطَّلِبِ في عَهد بَني هاشِمٍ حتى دَخَلوا معهم الشِّعبَ -أي شِعبَ الوادي[4]- وكانوا فيه ثَلاثَ سِنينَ مع رَسولِ اللهِ عَلَيهِ السَّلَامُ حتى أكَلوا العِلْهِزَ[5] ....

(١) في (ز): سواء.

(٢) في (و): الاستحقا ق بالنصرة، وفي (ز): أنها النصرة.

(٣) من قوله: (ليقتلوه) إلى هنا: مثبت من (و).

(٤) قوله: (أي شعب الوادي) مثبت من (ز).

(٥) في (هـ): العملز. والعلهز: شيء يتخذونه في سني المجاعة، يخلطون الدم بأوبار الإبل ثم يشوونه بالنار ويأكلونه. وقيل: كانوا يخلطون فيه القردان. ويقال للقراد الضخم: علهز. وقيل: العلهز شيء ينبت ببلاد بني سليم له أصل كأصل البردي. «النهاية» لابن الأثير ٣/ ٢٩٣.

من الجَهد[1]... القِصّة[2].

وإذا ثَبت أنَّ الاستِحقاقَ بتلك النُّصرةِ المَخصوصةِ -ولا تَبقى تلك النُّصرةُ بعد وَفاةِ رَسولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ-: فلا يَبقى الاستِحقاقُ، لا للانتِساخ بعد مَوتِه، بل لانعِدام الحُكمِ؛ لانعِدام عِلَّتِه.

ولأنَّ الاستِحقاقَ كان ثابِتًا بعِلّةٍ ذاتِ وَصفَين: القَرابةِ والنُّصرةِ، وانقَطَع أحَدُ الوَصفَينِ -وهو النُّصرةُ- بعد وَفاتِه عَلَيْهِ السَّلَامُ، فلا يَبقى الاستِحقاقُ.

وقال الشافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لهم خُمُسُ الخُمُسِ، يَستَوي فيه غَنيُّهم وفَقيرُهم؛ لأنَّ الاستِحقاقَ لهم باسم القَرابةِ، وليس فيها ما يُنبِئُ عن الفَقر.

لكنّا نَقولُ: القَرابةُ خِلقةٌ، والنُّصرةُ طاعةٌ، فتَعليقُ الاستِحقاقِ به أَولى.

وإذا دَخَل الواحِدُ أو الاثنانُ إلى دار الحَرب مُغيرِينَ بغير إذنِ الإمام، فأَخَذوا شَيئًا: لم يُخمَس؛ لأنهم ما أَخَذوه بقُوّة الإمام.

قَولُه: (مُغيرينَ) يَجوزُ بلَفظ التَّثنيةِ والجَمعِ، والجَمعُ أظهَرُ، بدَليل قَولِه: (فأخَذوا) و(ما أَخَذوه).

قَولُه: (لأنَّهم ما أَخَذوه بقُوّة الإمام) يعني أنَّهم ما أَخَذوه غَلَبةً وقَهرًا، بل أَخَذوه اختِلاسًا وسَرِقةً، فلا يكونُ غَنيمةً؛ لأنَّ الغَنيمةَ هو المَأخوذُ غَلَبةً وقَهرًا، والخُمُسُ إنَّما شُرِعت في الغَنائِم.

وفي قَوله: (بغير إذنِ الإمامِ) إشارةٌ إلى أنَّه يُخمَس إذا كان بإذنِه.

---

(1) في (ز): الجوع.

(2) روى القصة ابن سعد في «الطبقات» ١/ ١٨٨، وغيره من أهل السير.

وإن دَخل جَماعةٌ لها مَنَعةٌ[1] وأَخَذوا شَيئًا: يُخمَس، وإن لم يأذن لهم الإمام؛ لأنهم يُهابُونَ[2] بحُرمة الإمام.

المَنَعةُ: القُوَّةُ.

قَولُه: (وإن لم يَأذَن لهم الإمامُ) لأنَّ دُخولَهم لا يَخفى على الإمام عادةً؛ لأنَّ عليه أن يَنصُرَهم؛ إذ لو خَذَلهم: كان فيه وَهْنًا للمُسلِمين، فإذا عليه نُصرَتُهم كانوا بمَنزلة الدَّاخلين بإذنه.

(١) في (ب): منفعة.

(٢) في (ب): يُحارِبونَ.

﴿فصل في الاستئمان﴾

فصل

وإذا دَخَل المُسلِمُ دارَ الحَربِ تاجِرًا: فلا يَحِلُّ له أن يتَعَرَّضَ لشيءٍ من أموالهم ولا من دِمائهم؛ لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «المُسلِمونَ[1] عند شُروطِهم»[2].

فإن غَدَر بهم وأَخَذ شَيئًا وخَرَج به: مَلَكه مِلكًا مَحظورًا، ويُؤمَر أن يتَصَدَّق به؛ لأنه مَلَكه بسبب الغَدْر، وإنه حَرامٌ جِدًّا[3].

«المُسلِمون عند شُروطِهم» وقد وُجِد[4].

الاستِئمانُ: أن لا يتَعَرَّضَ لهم، فالتَّعرُّضُ بعد ذلك يكونُ غَدرًا، والغَدرُ حَرامٌ.

(فإن غَدَر بهم) أي هذا التَّاجِرُ.

(مَلَكه مِلكًا مَحظورًا) لوُجود الاستيلاءِ على مال مُباحٍ، لكنَّ هذا الاستيلاءَ مُتَضَمِّنٌ للغَدر، فيُوجِبُ المِلكَ بصِفة الخِبثِ، كالبَيع الفاسِدِ.

---

(١) في هامش (أ): المؤمنون.

(٢) رواه أبو داود (٣٥٩٤)، والترمذي (١٣٥٢) والدارقطني (٢٨٩٢)، والحاكم (٢٣١٠)، ورواه البخاري معلقًا ٣/ ٩٢.

(٣) قال عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لا تَغُلُّوا، ولا تَغدِروا، ولا تُمثِّلوا». رواه مسلم (١٧٣١).

(٤) أي الشرط.

وإذا دَخَل الحَربيُّ إلينا مُستأمِنًا: لم يُمَكَّن أن يُقيمَ في دارنا سَنَةً، ويَقولُ له الإمام: (إن أَقَمت عندنا تَمامَ السَّنةِ وَضَعتُ عليك الجِزيةِ).

فإن أَقام: أُخِذت منه الجِزيةُ؛ لأنه لا يُترَكُ سنةً في دار الإسلامِ بلا جِزيةٍ.

قَولُه: (لأَنَّه لا يُترَكُ سَنَةً في دار الإسلامِ بلا جِزيةٍ) الأصلُ أنَّ الحَربِيَّ لا يُمكَّنُ من إقامةٍ دائِمةٍ في دارنا، إلا باستِرقاقٍ أو جِزيةٍ؛ لأَنَّه يَصيرُ عَينًا لهم وعَونًا عَلَينا، فيُلحِقُ المَضَرَّةَ بالمُسلمين، ويُمكَّنُ بالإقامة اليَسيرةِ: لأنَّ في مَنعها قَطعَ المَبَرَّةِ، وسَدَّ بابِ التِّجارةِ، ففَصَلنا بينهما بسَنَةٍ؛ لأَنَّها مُدَّةٌ تَجِبُ فيها الجِزيةُ، فتكونُ الإقامةُ لمَصلَحة الجِزيةِ.

وإذا أَدّى الجِزية: صار ذِمّيًا، فلا يُترَكُ أن يَرجِعَ إلى دار الحَرب؛ لأن الجِزيةَ خَلَفٌ عن الإسلام، فلا يُمَكَّنُ من نَقْضها.

قَولُه: (الجِزية خَلَفٌ عن الإسلام) ألا تَرى أَنَّهم يُدعَونَ إلى الإسلام، فإن امتَنَعوا: يُدعَون إلى أداء الجِزيةِ.

ولأنّه لو أَسلَم: يَسقُطُ عنه الجِزيةُ، ولا يُوظَّفُ عليه ابتِداءً لو كان مُسلِمًا، وهذا آيةُ الخَلَفِيّةِ.

(فلا يُمكَّنُ مِن نَقضها) كما لا يُمَكَّنُ من نَقض الإسلامِ بالرِّدّة.

ألا ترى أنَّه إذا ارتَدَّ يُحبَسُ ويُعرَضُ عليه الإسلامُ، فيُؤمَرُ بتَحصيله عند انعدامِه، فأنّى يُمكَّنُ من نَقضه حالَ وُجودِه؟!

وإن عاد إلى دار الحَرْبِ وتَرَكَ وَديعةً عند مُسلِمٍ أو ذِمّيٍّ، أو دَينًا في ذِمَّتهم: فقد

صار دَمُه مُباحًا لعَوده، وما في دار الإسلامِ من ماله على خَطَرٍ؛ لبقاء يَدِ المُسلِمِ أو الذِّمّيِّ.

فإن أُسِر أو قُتِل: سَقَطت دُيونُه، وصارت الوَديعةُ فيئًا؛ لأنّها تُبَقّى له ولم يَبقَ هو[1]، فصار مالُه مُباحًا، والدَّينُ في الذِّمّة حَقٌّ لم يَبقَ مُحترَمًا.

قَولُه: (على خَطَرٍ) أي على تَرَدُّدٍ واضطِرابٍ.

فإن أُسِر أو ظُهِر على دار الحرب فقُتِل: سَقَطت دُيونُه، وصارَت الوَديعةُ فيئًا[2]، وإن عاد حَيًّا أو مات أو قُتل ولم يُظهَر على الدار: فالقَرضُ والوَديعةُ له أو لوَرثَته.

وقَولُه: (فإن أُسِر) تَفسيرٌ لهذا التَّردُّدِ والخَطَرِ، لكن من حَقِّه أن يَتعرَّضَ للجانِبَين، كما ذُكِر في «الهِداية»[3]، وكأنَّه تَرَكَ ذلك لظُهوره.

وذَكَر في «المُغرِب»: الخَطَرُ: الإشرافُ على الهَلاك.

أي إنَّ هذا المالَ بعَرَض أن يَصيرَ هالِكًا في حَقِّ صاحِبِه، بالأسر وغيرِه، وكأنَّ المُصنِّفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ مال إلى هذا، حيث اقتَصَر على قَوله: (فإن أُسِر أو قُتِل).

قَولُه: (لبَقاء يَدِ المُسلِمِ أو الذِّمّيِّ) أي أنَّ يدَهما صَحيحةٌ مُحتَرمةٌ[4]، دافِعةٌ

(١) كذا في (أ) و(د)، وفي (ب): لأنها تبقي له ماله ولم يبق هو، وفي (لأنها يُبَقّي ما له ولم يَبقَ هو).

(٢) أما الوديعة: فلأنها في يده تقديرًا؛ لأن يد المودع كيده، فيصير فيئًا تبعًا لنفسه، وأما الدين: فلأن إثبات اليد عليه بواسطة المطالبة، وقد سقطت، ويد من عليه أسبق إليه من يد العامة، فيختص به فيسقط. «الهداية» ٢/ ٣٩٧.

(٣) حيث قال ٢/ ٣٩٧: فإن أسر أو ظهر على الدار فقتل: سقطت ديونه وصارت الوديعة فيئًا... وإن قتل ولم يظهر على الدار: فالقرض والوديعة لورثته.

(٤) في (ز): معتبرة.

وإذا دَخل الحَربِيُّ إلينا مُستأمِنًا: لم يُمَكَّن أن يُقيمَ في دارنا سَنَةً، ويَقولُ له الإمام: (إن أَقمت عندنا تَمامَ السَّنةِ وَضَعتُ عليك الجِزيةِ).

فإن أَقام: أُخِذت منه الجِزيةُ؛ لأنه لا يُترَكُ سنةً في دار الإسلامِ بلا جِزيةٍ.

قَولُه: (لأَنَّه لا يُترَكُ سَنَةً في دار الإسلامِ بلا جِزيةٍ) الأصلُ أنَّ الحَربِيَّ لا يُمكَّنُ من إقامةٍ دائِمةٍ في دارنا، إلا باستِرقاقٍ أو جِزيةٍ؛ لأنَّه يَصيرُ عَينًا لهم وعَونًا عَلَينا، فيُلحِقُ المَضَرّةَ بالمُسلمين، ويُمكَّنُ بالإقامة اليَسيرةِ: لأنَّ في مَنعها قَطعَ المَبَرّةِ، وسَدَّ بابِ التِّجارةِ، ففَصَلنا بينهما بسَنَةٍ؛ لأنَّها مُدّةٌ تَجِبُ فيها الجِزيةُ، فتكونُ الإقامةُ لمَصلَحة الجِزيةِ.

وإذا أَدّى الجِزية: صار ذِمّيًا، فلا يُترَكُ أن يَرجِعَ إلى دار الحَرب؛ لأن الجِزيةَ خَلَفٌ عن الإسلام، فلا يُمَكَّنُ من نَقْضها.

قَولُه: (الجِزية خَلَفٌ عن الإسلام) ألا تَرى أنَّهم يُدعَونَ إلى الإسلام، فإن امتَنَعوا: يُدعَون إلى أداء الجِزيةِ.

ولأنّه لو أَسلَم: يَسقُطُ عنه الجِزيةُ، ولا يُوظَّفُ عليه ابتِداءً لو كان مُسلِمًا، وهذا آيةُ الخَلَفِيّةِ.

(فلا يُمكَّنُ مِن نَقضها) كما لا يُمَكَّنُ من نَقض الإسلامِ بالرِّدّة.

ألا ترى أنّه إذا ارتَدَّ يُحبَسُ ويُعرَضُ عليه الإسلامُ، فيُؤمَرُ بتَحصيله عند انعدامِه، فأنّى يُمكَّنُ من نَقضه حالَ وُجودِه؟!

وإن عاد إلى دار الحَرْبِ وتَرَكَ وَديعةً عند مُسلِمٍ أو ذِمّيٍّ، أو دَينًا في ذِمَّتهم: فقد

صار دَمُه مُباحًا لعَوده، وما في دار الإسلامِ من ماله على خَطَرٍ؛ لبقاء يَدِ المُسلِمِ أو الذِّمّيّ.

فإن أُسِر أو قُتِل: سَقَطت دُيونُه، وصارت الوَديعَة فَيْئًا؛ لأنّها تُبَقَّى له ولم يَبقَ هو[1]، فصار مالُه مُباحًا، والدَّينُ في الذِّمّة حَقٌّ لم يَبقَ مُحتَرَمًا.

قَولُه: (على خَطَرٍ) أي على تَرَدُّدٍ واضطِرابٍ.

فإن أُسِر أو ظُهِر على دار الحرب فقُتِل: سَقَطت دُيونُه، وصارَت الوَديعةُ فيئًا[2]، وإن عاد حَيًّا أو مات أو قُتل ولم يُظهَر على الدار: فالقَرضُ والوَديعةُ له أو لوَرثَته.

وقَولُه: (فإن أُسِر) تَفسيرٌ لهذا التَّرَدُّدِ والخَطَرِ، لكن من حَقِّه أن يَتعرَّضَ للجانِبَين، كما ذُكِر في «الهِداية»[3]، وكأنَّه تَرَك ذلك لظُهوره.

وذَكَر في «المُغرِب»: الخَطَرُ: الإشرافُ على الهَلاك.

أي إنَّ هذا المالَ بعَرَض أن يَصيرَ هالِكًا في حَقِّ صاحِبِه، بالأسر وغيرِه، وكأنَّ المُصنِّفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ مال إلى هذا، حيث اقتَصَر على قَوله: (فإن أُسِر أو قُتِل).

قَولُه: (لبَقاء يَدِ المُسلِمِ أو الذِّمّيِّ) أي أنَّ يدَهما صَحيحةٌ مُحتَرمةٌ[4]، دافِعةٌ

(١) كذا في (أ) و(د)، وفي (ب): لأنها تبقي له ماله ولم يبق هو، وفي (لأنها يُبَقّي ماله ولم يَبقَ هو).

(٢) أما الوديعة: فلأنها في يده تقديرًا؛ لأن يد المودع كيده، فيصير فيئًا تبعًا لنفسه، وأما الدين: فلأن إثبات اليد عليه بواسطة المطالبة، وقد سقطت، ويد من عليه أسبق إليه من يد العامة، فيختص به فيسقط. «الهداية» ٢/ ٣٩٧.

(٣) حيث قال ٢/ ٣٩٧: فإن أسر أو ظهر على الدار فقتل: سقطت ديونه وصارت الوديعة فيئًا... وإن قتل ولم يظهر على الدار: فالقرض والوديعة لورثته.

(٤) في (ز): معتبرة.

لاغتِنام المُسلِمين عن سائِر أموالِهما، فكذا عن هذه الوَديعةِ.

ووَجهُ الاستِدلالِ: أنَّه ربَّما يَظُنُّ ظانٌّ أنَّ عِصمةَ المالِ ساقِطةٌ، كما سَقَطت عِصمةُ النَّفسِ؛ لأنَّهما صارا مَعصومَين عِصمةً واحِدةً، فقال: إنَّ يدَ المُسلِمِ والذِّمّيِّ باقيةٌ على هذا المالِ، ويَدَهما مُحتَرمةٌ، لكنَّ هذه العِصمةَ على شَرَف الزَّوالِ؛ لأنَّ سَبَبَ زَوالِ العِصمةِ ثابِتٌ بالعَود إلى دار الحَربِ؛ لكنَّه لم يَتقَرَّر ما لم يُؤسَر، فلذلك قال: إنَّه على خَطَرٍ.

ويَحتَمِلُ أن يكونَ بالحاء غيرِ المُعجَمةِ والظّاءِ المُعجَمةِ[1]، أي ما في دار الإسلامِ من ماله مَمنوعُ التَّعرُّض، والأوَّلُ هو الظّاهِرُ.

قَولُه: (لأنَّه يَبقى له، ولم يَبقَ هو) يعني إنَّما بَقَّيْنا هذه الأموالَ مَعصومةً لأجله: لاحتِمال عَودِه، ولم يَبقَ ذلك بقَتله، فيَصيرُ مُباحًا تَبَعًا لنَفسه.

قَولُه: (والدَّينُ في الذِّمّة حَقٌّ لم يَبقَ مُحتَرمًا) أي الدَّين في الذِّمّة حَقٌّ، وقد كان مُحتَرمًا لثُبوت[2] يَدِ الدّائنِ عليه بوَاسِطة المُطالَبةِ، وقد سَقَطت، ويَدُ مَن عليه الدَّينُ أسبَقُ من يَد العامّةِ، فيَختَصُّ به، فيَسقُطُ.

وما أَوجَف عليه المُسلِمونَ من أَموال أهلِ الحَربِ بغير قِتال: يُصرَفُ في مَصالح المُسلمين، كما يُصرَفُ الخَراجُ؛ لأنه أُخِذ بقُوّة المُسلمين.

الإيجافُ: الإسراعُ.

(وما أوجَف عليه المُسلِمون) أي أعمَلوا خَيلَهم في تَحصيله، قالوا: هذا مثلُ

---

(١) أي (على حَظرٍ).

(٢) في (و): بثبوت.

الأراضي التي أَجلَوا أهلَها عنها[1]، والجِزيةِ[2].

(لأنَّه أُخِذ بقُوّة المُسلِمين) أي هذا المالُ أُخِذ بقُوّة المُسلِمين، فيُصرَف إلى مَصالحِهم، لكن لا خُمُسَ فيه؛ لأنَّه ما أُخِذ بالقِتال.

---

(١) أي أجلى المسلمون أهل تلك الأراضي عنها، أي أخرجوهم عنها، يقال: جَلَى السلطان القوم عن أوطانهم وأجلاهم فجلوا، أي أخرجهم فخرجوا، كلاهما يتعدى ولا يتعدى، والجلاء بالفتح والمد: الخروج عن الوطن والإخراج. «البناية» ٧/ ٢١١.

(٢) بالجر، عطف على قوله: الأراضي، أي هو مثل الأراضي التي أجلوا عنها أهلها ومثل الجزية. «العناية» ٦/ ٢٥.

وقال في «البناية» ٧/ ٢١١ بعد أن نقل عن الإتقاني القول الآنف: وكذا قال غيره من الشراح، وقال تاج الشريعة رَحِمَهُ اللَّهُ: والجزية إن رفعتها تكون معطوفة على مثل، وإن خفضتها تكون عطفًا على الأراضي.

فصلٌ (في العشر والخراج)

فصل

أَرضُ العَرَب كُلُّها أَرضُ عُشْرٍ؛ لأنهم لم يُتركوا ذِمّةً، فالحُكم في مُشرِكي العَربِ إما الإِسلامُ وإما السَّيفُ؛ لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «لا يَجتَمِعُ دِينانِ في جَزيرة العَرَب»[1].

وَضْعُ[2] الخَراجِ من شَرطه: أن يُقِرَّ أهلَها على الكُفر.

ومُشرِكو العَرَبِ لا يُقبَل منهم إلا الإسلامُ أو السَّيفُ؛ لقَوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا يَجتَمِعُ دِينانِ في جَزيرة العَرَبِ»، فلم يُجز وَضعَ الخَراجِ في أراضيهم، فتكونُ عُشريّةً.

في «شرح» القُدوريِّ: أرضُ العَرَبِ كلُّها عُشرِيةٌ، وهي أرضُ الحِجازِ، وتِهامةُ، واليَمَنُ، ومَكّةُ[3]، والطَّائِفُ، والبَرّيّةُ، يعني البادِيةَ.

---

(١) رواه الإمام مالك ٢/ ٨٩٢، وقال بعده: قال ابن شهاب: ففحص عن ذلك عمر بن الخطاب حتى أتاه الثلج واليقين، أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لا يجتمع دينان في جزيرة العرب»، فأجلى يهود خيبر. ورواه الإمام أحمد (٢٦٣٥٢) عن عائشة قالت: كان آخر ما عهد رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن قال: «لا يترك بجزيرة العرب دينان».

(٢) في (هـ): ووضع.

(٣) سقطت من (و). قال في «المبسوط» ٣/ ٧: وكان ينبغي في القياس أن تكون أرض مكة أرضَ خراج؛ لأن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فتحها عَنوةً وقهرًا، ولكنه لم يوظف عليها الخراج، فكما لا رق على العرب لا خراج على أرضهم.

وحَدُّه: من أَوَّل العُذيبِ والقادِسيَّةِ إلى آخِرِ حَجَرٍ باليَمن بمَهْرَة، هذا طُولُه.

العُذيبُ: قَريةٌ من قُرى الكُوفةَ.

والقادِسيّةُ: مَوضِعٌ بينَه وبينَ الكُوفةِ خَمسةَ عَشَرَ مِيلًا.

والحَجَرُ: بفَتح الحاءِ والجيمِ، بدَليل ما ذَكَره في بعض الرِّوايات[1]: (إلى أقصى صَخْرٍ[2])[3].

(باليَمن[4] بمَهْرَة) هما مَوضِعٌ واحِدٌ، لكنّه ذَكَرهما تأكيدًا[5] للتَّحديد.

ومَهْرَةُ بفَتح الميمِ وسُكونِ الهاءِ: اسمُ رَجُلٍ، أو القَبيلةِ، وسُمّيَ المَوضِعُ به.

وعَرضُه: ما بين يَبْرينَ والدَّهْناءِ ورَملِ عالِجٍ إلى مَشارِق[6] الشّام.

يَبرينُ: مَوضِعٌ.

الدَّهناءُ بالمَدِّ: مَوضِعٌ ببِلاد تَميمٍ.

مَشارِقُ الشَّامِ: قُرى الشَّامِ.

---

(١) أي الروايات عن أئمتنا، قال في «العناية» ٦/ ٣١: لأنه وقع في «أمالي» أبي يوسف: الصخر موضع الحجر، ويظهر من ذلك أن من روى بسكون الجيم وفسَّره بالجانب فقد حَرَّف. انتهى. والمراد إلى آخر جزء من أجزاء اليمن، وهو آخر حَجَر منها، ومَهْرة حينئذ في آخر موضع من اليمن. «الفتح» ٦/ ٣١.

(٢) في (و): صخرة.

(٣) وجه الاستشهاد أن الصخر والحجر واحد.

(٤) سقطت من (هـ).

(٥) في (ز): توضيحًا.

(٦) كذا في الأصول، والذي في «الهادي» وكذا في «المستصفى» هنا وعامة المعتبرات: مشارف.

والسَّوادُ: أَرضُ خَراجٍ فتَحها عمرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَنوةً وقهرًا، ووظَّفَ عليها الخَراجَ[1].

سُمِّيَ سَوادَ العِراقِ: لخُضرة أشجارِه وزُروعِه، وهو الذي فُتِح على عهد عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وهو أطوَلُ من العِراق بخَمسةٍ وثَلاثين فَرسَخًا.

وهو: ما بين العُذَيب إلى عَقَبة حُلْوانَ، ومن العَلْث إلى عَبّادانَ، وهو ما بين عِراقٍ والمَوصِل.

وأَرضُ السَّوادِ كُلُّها مَملوكةٌ لأهلها، يَجوزُ بيعُهم لها وتَصرُّفهم فيها؛ لأن عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لم يَقسِمْها، بل بقَّاها خَراجيةً[2].

عَقَبةُ حُلْوانَ: آخِرُ سَوادِ العِراقِ عَرْضًا[3]، يُنسَبُ إلى بانية حُلْوانَ بنِ عِمرانَ.

العَلْثُ بسُكون اللّامِ: قَريةٌ مَوقوفةٌ على العَلَويّة، وهي أَوَّلُ العِراقِ، شَرقيَّ دِجلةَ.

عَبّادان: حِصنٌ صَغيرٌ على شَطِّ البَحرِ، في المَثَل: ليس وَراءَ عَبّادانَ قَريةٌ، هذه الجُملةُ من «المُغرِب» وغيرِه.

وكلُّ أرضٍ أَسلَم أهلُها عليها، أو فُتِحت عَنوةً وقُسِمت بين الغانِمين: فهي أرضُ عُشْرٍ؛ لأن التَّوظِيفَ على المُسلِم العُشْرُ.

والعُشْرُ يُصرَف إلى مَصارِف الصَّدقات، وإنه أَرفَق؛ لأنه إن وُجِد الخارِجُ

(١) قال في «مجمع الأنهر» ١/ ٦٦١: هو أشهر من أن ينقل فيه أثر معين.

وانظر رواية البخاري (٢٣٣٤)، و«نصب الراية» ٣/ ٤٠٠ و٤٣٨، و«التلخيص الحبير» ٤/ ٢١٣.

(٢) تقدم تخريجه آنفًا.

(٣) في (ز): أرضًا.

يَجِب، وإلا فلا، فهذا أَليقُ بالمُسلِم من الخَراج الذي يُجمَع إلى الجِزية.

ويَجِبُ لا مَحالة إذا تَمَكَّن فيها من الزِّراعة، زَرَع أو لم يَزرَع، وهذا أَليقُ بالكُفّار، فلهذا قُلنا بأن الكُفّار إذا أُقِرّوا عليها: يُوظَّفُ الخَراجُ.

قَولُه: (لأنَّ التَّوظيفَ على المُسلِم العُشْرُ) أي الحاجةُ ههنا إلى ابتِداء التَّوظيفِ على المُسلِم، والعُشرُ أَليَقُ به؛ لِما فيه[1] من مَعنى العِبادةِ، وإلى هذا أشار بقَوله: (يُصرَف مَصارِفَ الصَّدَقات).

(وإنَّه أرفَقُ) لأنَّه أخَفُّ من الخَراج؛ لأنَّه يَتعَلَّقُ بحَقيقة الرَّيعِ، والخَراجُ يَتعَلَّقُ بالتَّمكُّن منه.

قَولُه: (من الخَراج الذي يُجمَع إلى الجِزية) هذا لبَيان أنَّ الخَراجَ فيه مَعنى العُقوبةِ، إذ يُصرَفُ مصارِفَ الجِزيةِ التي وَجَبت عُقوبةً على الكُفر، وهذا لأنَّ سَبَبَه الاشتِغالُ بالزِّراعة، وهو سَبَبُ الذُّلِّ في الشَّريعة بالحَديث[2].

---

(١) في (هـ): والعشر القربة لما فيه.

(٢) قد ورد في ذم الزراعة عدة أحاديث، كما ورد ذلك في فضلها، والذم لعلة في غيرها وهي الانشغال بها عن الطاعة والركون إلى الدنيا وترك الجهاد.

ومما ورد في ذمها: ما رواه البخاري (٢٣٢١) عن أبي أمامة الباهلي قال ورأى سكة وشيئًا من آلة الحرث فقال: سمعت النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: «لا يدخل هذا بيت قوم إلا أدخله الله الذل».

وروى أبو داود (٣٤٦٢) عن ابن عمر قال: سمعت رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: «إذا تبايعتم بالعينة، وأخذتم أذناب البقر، ورضيتم بالزرع، وتركتم الجهاد، سلط الله عليكم ذلًّا لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم».

وروى الإمام أحمد (٣٥٧٩) والترمذي (٢٣٢٨) عن عبد الله بن مسعود قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا تتخذوا الضيعة فترغبوا في الدنيا». =

ومن أَحيا أَرضًا مَواتًا: فهي عند أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ مُعتَبرةٌ بحَيِّزها، فإن كانت من حَيِّز أَرضِ الخَراج: فهي خَراجِيّة، وإن كانت من حَيِّز أرضِ العُشْر: فهي عُشْريةٌ.

قَولُه: (مُعتبَرةٌ بحَيِّزها) أي بقُربها؛ لأنَّ حَيِّزَ الشَّيءِ يُعطى له حُكمُه، كفِناء الدَّارِ يُعطى له حُكمُ الدَّارِ، حتى يَجوزُ[1] لصاحِبه الانتِفاعُ به، ولا يَجوزُ إحياءُ ما قَرُب من العامِرِ لهذا[2]، ومن سَها عن القَعدة الأُولى ثم تذَكَّر.. فإن كان إلى القِيامِ أقرَبَ: يُعطَى له حُكمُ القِيامِ، حتى لا يَعودُ، كما لو قام، وإن كان إلى القُعود أقرَبَ: يُعطى له حُكمُه.

والبَصْرةُ عنده عُشْرِيّةٌ بإجماع الصَّحابةِ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمْ[3].

= أما ما ورد في مدح الزراعة فأحاديث عديدة، منها ما رواه البخاري (٢٣٢٠) ومسلم (١٥٥٣) عن أنس بن مالك رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ قال: قال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «ما من مسلم يغرس غرسًا أو يزرع زرعًا، فيأكل منه طير أو إنسان أو بهيمة: إلا كان له به صدقة».

وروى البخاري (٢٣٤١) ومسلم (١٥٤٤) عن أبي هريرة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ قال: قال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من كانت له أرض فليزرعها، أو ليمنحها أخاه، فإن أبى فليمسك أرضه».

وغير ذلك من الأحاديث.

(١) في (و): لا يجوز.

(٢) أي لأن الناس ينتفعون به.

(٣) هي داخلة في معنى سواد العراق المتقدم، وقال في «نصب الراية» ٣/ ٤٤٠: قوله: روي أن الصحابة وضعوا العشر على أرض البصرة: قلت: ذكره ابن عمر، وغيره. انتهى.

وذكره الإمام أبو يوسف في «الخراج» ص٣٥ وصدره بقوله: وحدثني غير واحد من علماء أهل المدينة قالوا: لما قدم على عمر بن الخطاب رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ جيش العراق من قبل سعد بن أبي وقاص رضي الله تعالى عنه شاور أصحاب محمد صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في تدوين الدواوين... إلى أن قال: أرأيتم هذه الثغور؟ لا بد لها من رجال يلزمونها، أرأيتم هذه المدن العظام كالشام والجزيرة والكوفة=

وقال محمد رَحِمَهُ اللَّهُ: إن أَحياها ببئرٍ حَفَرها، أو عَينٍ استَخرَجها، أو ماءِ دِجلةَ، أو الفُراتِ، أو الأَنهارِ العِظام التي لا يَملِكُها أَحَدٌ: فهي عُشْرِيّةٌ، كماء السَّماء؛ لأنه تَوظيفٌ على المُسلِم، وإن أَحياها بماءِ الأَنهارِ التي حَفَرها الأعاجِمُ -مثل نَهرِ المَلِكِ ونَهرِ يَزْدَجِرْدَ-: فهي خَراجِيّةٌ تَبَعًا للماء.

وكان القِياسُ أن تكونَ البَصرةُ خَراجِيّةً؛ لأنَّها من حَيِّز[1] أرضِ الخَراجِ، لكنَّ القِياسَ تُرِك بإجماع الصَّحابةِ رِضوانُ اللهِ عليهم أجمعين، فإنَّهم وَضَعوا عليها العُشرَ[2]. هذا أصل أبي يوسُفَ.

والأصلُ عند محمّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّ المُؤنةَ فيما هو غيرُ مَنصوصٍ عليه يَدورُ مع الماء؛ لأنَّه سَبَبٌ للنَّماء، وسَبَبُ الخَراجِ الأرضُ النّاميةُ، فيُعتبَرُ في ذلك الماءُ.

نَهرُ المَلِكِ: على طَريق الكُوفة من بَغداد.

يَزدَجِردُ[3]: مَلِكٌ من مُلوك العَجَمِ.

والخَراجُ الذي وضَعه عمرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ على السَّواد[4]:

=والبصرة ومصر؟ لا بد لها من أن تشحن بالجيوش، وإدرار العطاء عليهم؛ فمن أين يعطى هؤلاء إذا قسمت الأرضون والعلوج؟!

(١) في (هـ): لأنها ليس حيز.

(٢) كما تقدم في المتن.

(٣) وهو بكسر الجيم، كما في «تصحيح التصحيف وتحرير التحريف» للصفدي ١/ ٥٥٦.

(٤) قال في «نصب الراية» ٣/ ٤٤١: تقدم حديث عمر قريبًا، وفيه بعض تغيير، وروى أبو عبيد القاسم بن سلام في كتاب «الأموال» عن الشعبي: أن عمر بعث عثمان بن حنيف فمسح السواد، فوجده ستة وثلاثين ألف ألف جريب. انتهى. قلت: وانظر الأثر الآتي.

من كل جَريبٍ يَبلُغُه الماءُ: قَفيزٌ هاشِمِيٌّ -وهو الصَّاع- ودِرهَمٌ.

الخَراجُ: ما تُخرِجُه إلى الإمام من زَكاة أَرضِك.

الجَريبُ: سِتّون ذِراعًا في سِتّين ذِراعٍ بذُرعان المَلِكِ، وذِراعُ المَلِكِ: سَبعُ قَبَضاتٍ، أو تِسعُ مَشْتاتٍ[١]، وكِلاهُما واحِدٌ.

وأراد بالمَلك: أنوشَرْوانَ، فإنَّ النَّبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ سَمّاه مَلِكًا فقال: «وُلِدتُ في زَمَنِ المَلِكِ العادِلِ»[٢].

ومُرادُه بما قال: سَبعُ قَبَضاتٍ، مع كلِّ قَبضةٍ إبهامٌ مَوضوعٌ، وتِسعُ مَشْتاتٍ أن لا يكونَ معه[٣] إبهامٌ، كذا فَسَّره شَمسُ الأئِمّة الحَلْوانيُّ رَحِمَهُ اللهُ.

وقيل: جَريبُ كلِّ بَلَدٍ ما تَعارَفوه جَريبًا.

(على السَّواد) أي سَوادِ العِراقِ.

القَفيزُ الهاشِمِيُّ: ثَمانيةُ أرطالٍ، وهو مثلُ الصَّاعِ الحَجّاجِيِّ.

قال القاضي الإمامُ ظَهيرُ الدِّينِ رَحِمَهُ اللهُ: القَفيزُ من الحِنطة أو الشَّعيرِ[٤].

(١) المشت بالفارسية: جَمعُ الكف، ومنه اصطلاح أهل مرو في قسمة الماء: كل مشت ست بستات. «المغرب» ص٤٤٢.

(٢) قال في «الدرر المنتثرة» ١/ ٢٠١: كذب باطل. قلت: قال البيهقي في «شعب الإيمان» (٧/ ١٦٧): تكلم شيخنا أبو عبد الله الحافظ في بطلان ما يرويه بعض الجهال عن نبينا صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ: (ولدت في زمان الملك العادل) يعني أنوشروان، ثم رأى بعض الصالحين رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ في المنام، فحكى له ما قاله أبو عبد الله: فصدقه في تكذيب هذا الحديث وإبطاله، وقال: ما قلته قط. انتهى.

(٣) في (ز): معها.

(٤) في (و): والشعير.

وفي «شَرح الطَّحاويِّ»: قَفيزٌ ممّا يُزرَعُ فيها.

قَولُه: (ودِرهَمٌ): عَطفٌ على قَفيزٍ، وهو وَزنُ سَبعةٍ.

وفي جَريبِ الرَّطْبة: خَمسةُ دراهِم.

وفي جَريب الكَرْمِ المُتَّصِلِ أو النَّخلِ المُتَّصِل: عَشَرةُ دراهِم.

وما سِوى ذلك من الأصناف: يوضَعُ عليها بحَسَب الطّاقة؛ لأن عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُ قال لحُذيفةَ بنِ اليَمانِ وعُثمانَ بنِ حُنَيفٍ حين مَسَحا سَوادَ العِراقَ: لعلَّكُما حَمَّلتُما ما لا تُطيق؟ فقالا: لو زِدنا لأطاقَت[1].

فإن لم تُطِق ما وُضِع عليها: نقَصَهم الإمام؛ لأن المُعتبَرَ قَدرُ الطّاقة.

الرَّطْبةُ بالفَتح: الإسفست[2] الرَّطْبُ.

النَّخيلُ المُتَّصِلُ: الذي اتَّصَل بعضُها ببعضٍ، على وَجهٍ تكونُ كلُّ الأرضِ مَشغولةً بها.

وإنَّما كان على هذا التَّفصيلِ بإجماع الصَّحابةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُم[3].

ولأنَّ المُؤَنَ مُتفاوِتةٌ، فالمَزارِعُ أكثرُها مُؤنةً، والكَرْمُ أخَفُّها، والرِّطابُ بينهما، والوَظيفةُ تتَفاوَتُ بتَفاوُتها، ألا ترى أنَّ الواجِبَ فيما سَقَتهُ السَّماءُ العُشرُ، ونِصفُ

---

(١) رواه البخاري (٣٧٠٠) دون الجملة الأخيرة. وروى عبد الرزاق (١٠١٣٠) قال: جاء رجل إلى عمر بن الخطاب، فقال: أرض كذا وكذا يطيقون من الخراج أكثر مما عليهم، فقال: ليس إليهم سبيل، إنما صولحوا صلحًا.

(٢) هذا أصل الكلمة بالفارسية كما في «المختار» ص٢٤٠.

(٣) كما في أثر عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنهُ في المتن.

العُشرِ فيما سُقِي بغَربٍ أو داليةٍ[1].

(وما سِوى ذلك) كالزَّعفَران.

(بقَدر الطَّاقةِ) ونِهايَةُ الطَّاقةِ أن يَبلُغَ الواجِبُ نِصفَ الخارِجِ[2]؛ لأنَّ التَّنصيفَ عينُ الإنصافِ.

(فإن لم تُطِق ما وُضِع عليها) هذا في جَميع ما تَقَدَّم من الجَريب الذي فيها قَفيزٌ ودِرهَمٌ، ومن جَريب الرَّطْبةِ، ومن جَريب النَّخلِ المُتَّصِلِ، والكَرمِ المُتَّصِلِ[3].

فإن غَلَب على أَرض الخَراجِ المَاءُ، أو اصْطَلَم الزَّرعَ آفةٌ، أو انقَطَع المَاء: فلا خَراجَ عليه؛ لأنه لم تكن الأَرضُ نامِيةً.

الاصطِلامُ: الاستِئصالُ، وممّا حُمِد من سِيَر الأكاسِرةِ: أنَّهم كانوا إذا اصطَلَم الزَّرعَ آفةٌ يَرُدّون على الدَّهّاقين من خَزائِنهم ما أَنفَقوا، ويَقولون: التَّاجِرُ شَريكٌ في الخُسران كما هو شَريكٌ في الرِّبح، فإن لم نَرُدَّ عليه شيئًا فلا أَقَلَّ من أن لا نَأخُذَ منه الخَراجَ.

قَولُه: (لأنَّها لم تكن الأرضُ ناميةً) السَّبَبُ في الخَراج: الأَرضُ النّاميةُ بنَماءٍ تَقديريٍّ، فإذا اصطَلَم الزَّرعَ آفةٌ: فات التَّقديريُّ في بعض الحَولِ، وكَونُه نامِيًا في

(١) الغَرْب -مثل فَلْس-: الدلو العظيمة يستقى بها على السانية. «المصباح» ٢/ ٤٤٤.
والدالية: دلو ونحوها، وخشب يصنع كهيئة الصليب، ويشد برأس الدلو، ثم يؤخذ حبل يربط طرفه بذلك، وطرفه بجذع قائم على رأس البئر، ويسقى بها، فهي فاعلة بمعنى مفعولة، والجمع الدوالي، وشذ الفارابي وتبعه الجوهري ففسرها بالمنجنون. «المصباح» ١/ ١٩٩.

(٢) في (و): الخراج.

(٣) قوله: (والكرم المتصل) غير مثبت في (و).

جَميع الحَولِ شَرطٌ، كما في مال الزَّكاةِ.

وإن عَطَّلَها صاحِبُها: فعليه الخَراجُ؛ لأنه وُجِد التَّمَكُّنُ.

قَولُه: (لأَنَّه وُجِد التَّمكُّنُ) الواجِبُ في الخَراج: مالٌ في ذِمَّته، باعتِبار تَمكُّنِه من الانتِفاعِ، ولم يَنعَدِم ذلك بتَعطيله؛ لأنَّه هو الذي اختار[1] تَركَ الاشتغال[2]، بخِلاف العُشرِ، فالواجِبُ هناك جُزءٌ من الخارِج، والإيجابُ بدون المَحَلِّ لا يَكونُ.

ومَن أَسلَم من أهل الخراج[3]: أُخِذ منه الخَراجُ على حاله؛ لبقاء الأرضِ مُستَحَقَّةً للمُقاتِلة.

ويَجوزُ أن يَشتريَ المُسلِمُ أرضَ الخَراجِ من الذِّمّيّ؛ لأن كَثيرًا من الصَّحابة رضوان الله عليهم اشتَروا[4]، ويُؤخَذ منه الخَراجُ؛ لأنه حَقُّ المُقاتِلةِ، فلا يَبطُلُ.

---

(١) سقطت من (هـ).

(٢) في (و): الاستعمال. والعبارة ناقصة من الأصل، وسقطت هذه الكلمة من (هـ). ولعل الصواب: الاستغلال، وانظر «المبسوط» ١٠/ ٨٢.

(٣) في (أ): الحرب.

(٤) قال في «نصب الراية» ٣/ ٤٤١: قال البيهقي في كتاب «المعرفة» (١٣/ ٣٣٦): قال أبو يوسف: القول ما قاله أبو حنيفة: إنه كان لابن مسعود وخباب بن الأرت والحسين بن علي ولشريح.. أرض الخراج، حدثنا مجالد بن سعيد عن عامر عن عتبة بن فرقد السلمي أنه قال لعمر بن الخطاب: إني اشتريت أرضًا من أرض السواد، فقال عمر: أنت فيها مثل صاحبها. انتهى. قال البيهقي (في «المعرفة» ١٨٤٠٨): عن طارق بن شهاب قال: أسلمت امرأة من أهل نهر الملك، فكتب عمر بن الخطاب: إن اختارت أرضها فأدت ما على أرضها فخلوا بينها وبين أرضها، وإلا فخلوا بين المسلمين وبين أرضهم. انتهى. وهذا رواه عبد الرزاق (١٠١٣١) وابن أبي شيبة في «مصنفه» (٢١٥٣٣).

قَولُه: (ومن أَسلَم من أهل الحَربِ) هكذا وَقَع بَعض النُّسَخِ[1]، والصَّحيحُ: من أهل الخَراجِ[2].

(لبَقاء الأرضِ مُستَحَقَّةً للمُقاتِلة) المُستَحِقُّ للخَراج هم المُقاتِلةُ، وقد بَقِيَت الأرضُ مُستَحَقّةً للمُقاتِلة؛ لأنَّ الخَراجَ مُؤنةٌ فيها مَعنى العُقوبةِ، والإسلامُ لا يُنافي المُؤنةَ بوَجهٍ، ويُنافي العُقوبةَ من وَجهٍ، فلا يُبتَدأ على المُسلِم؛ لأنَّه لَمّا تَردَّد بين أن يَجِبَ وبين أن لا يَجِبَ: فلا يَجِبُ بالشَّكِّ، وجاز البَقاءُ عليه؛ لأنَّه لَمّا تَردَّد بين أن يَبطُلَ وبين أن لا يَبطُلَ: فلا يَبطُلُ بالشَّكِّ.

ومثلُ هذا يُقالُ فيما إذا اشتَرى المُسلِمُ أرضَ الخَراجِ من الذِّمّيِّ.

ولا عُشْرَ في الخارج من أرض الخَراج؛ لأنه أَدّى وَظيفَتَها مَرّةً.

(ولا عُشرَ في الخارِجِ من أرض الخَراجِ) نحوُ أن يَشتَرِيَ المُسلِمُ أرضَ الخَراجِ من الذِّمّيِّ، أو اشتَرى الذِّمّيُّ أرضَ العُشرِ من المُسلِم، فلا يَجِبُ العُشرُ والخَراجُ على المُسلِم في الأُولى، وعلى الذِّمّيِّ في الثّانية.

(١) كما في نسخة (أ) من المتن.

(٢) كما في نسخة (ب) من المتن.

فصلٌ «في الجِزيَة»

فصلٌ

الجِزيةُ على ضَرْبين:

جِزيةٌ توضَع بالتَّراضي والصُّلح، فتَتقَدَّرُ بحَسَب ما يَقَعُ عليه الاتفاقُ، كما صالح رسولُ الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَني نَجْرانَ(١).

وجِزيةٌ يَبتدِئُ الإمامُ وَضعَها إذا غَلَب الإمامُ على الكُفّار، وأقَرَّهم على أملاكِهم.

نَجرانُ: بِلادٌ، وأهلُها نَصارى، صالَحهم النَّبيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ على ألفٍ ومِائتَي حُلّةٍ.

وليس المَقصودُ من الجِزية أَخذَ المالِ وتَقريرَ الكَفَرةِ على الكُفر(٢)، بل المقصودُ

---

(١) أخرج أبو داود (٣٠٤١) عن ابن عباس قال: صالح رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أهل نجران على ألفي حلة، النصف في صفر، والبقية في رجب، يؤدونها إلى المسلمين، وعارية ثلاثين درعًا، وثلاثين فرسًا، وثلاثين بعيرًا، وثلاثين من كل صنف من أصناف السلاح، يغزون بها، والمسلمون ضامنون لها حتى يردوها عليهم، إن كان باليمن كيد أو غدرة، على أن لا تهدم لهم بيعة، ولا يخرج لهم قس، ولا يفتنوا عن دينهم، ما لم يحدثوا حدثًا، أو يأكلوا الربا.

(٢) هذا جواب عن إشكال بسطه المصنف رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى في «الكافي» فقال ٥/٥١٨: وقد طَعَن بعضُ الملحِدين حيث قالُوا: كيف يَجوزُ تَقريرُ الكُفّارِ على الشِّرك بمالٍ، ولو جاز ذا لجاز تَقريرُ الزّاني على الزِّنى بمالٍ يُؤخَذُ منه. =

الدُّعاءُ إلى الدِّين بأحسَن الجِهاتِ؛ لأنَّه إذا رَأى مَحاسِنَ الإسلامِ وصَغارَه[1]: فرُبَّما يَحمِلُه ذلك على الإسلام.

فيَضَعُ على الغَنِيِّ الظَّاهِرِ الغِنى في كل سَنةٍ: ثَمانيةً وأربَعينَ دِرهمًا، يأخُذُ منهم في كلِّ شَهرٍ أربَعةَ دَراهِم.

وعلى المُتَوَسِّطِ الحال: أربعةً وعِشرينَ دِرهمًا، في كل شَهرٍ دِرهَمينِ.

وعلى الفَقيرِ المُعتَمِل: اثنا عشَر دِرهَمًا، في كل شهرٍ دِرهَمًا، كذا فعله عمرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ[2].

وإنَّما وَجَبت على المَراتِب: لأنَّ الجِزيةَ وَجَبت خَلَفًا عن النُّصرة التي فاتَت بإصراره على الكُفر؛ لأنَّ مَن هو مِن أهل دارِ الإسلامِ فعَلَيه القِيامُ بنُصرة الدَّارِ، وأبدانُهم لا تَصلُحُ لها؛ لأنَّهم يَميلون إلى أهل الحَربِ، فيُؤخَذ منهم المالُ ليُصرَف إلى الغُزاة الذين يَقومون بنُصرة الدَّارِ، فتَختَلِفُ باختِلاف حاله.

فإنَّ الفَقيرَ لو كان مُسلِمًا: يَنصُرُ الدَّارَ راجِلًا، ووَسَطُ الحالُ يَنصُرُها راكِبًا وراجِلًا، والفائِقُ في الغِنى يَركَبُ ويُركِبُ غُلامًا، فما كان خَلَفًا عن النُّصرة يَتفاوَتُ بتَفاوت الحالِ أيضًا.

المُعتَمِلُ: الذي يَكتَسِبُ أكثرَ من حاجَته، ولا مال له.

والمُتوسِّطُ: الذي له مالٌ، ولكنّه لا يَستَغني بماله عن العَمَل.

= والجَوابُ عنه: أنه دُعاءٌ إلى الدِّين بأحسَن الوُجوهِ؛ لأنه بعَقد الذِّمّةِ يَسكُنُ بينَ المُسلِمين، ويَرى مَحاسِنَ الدِّينِ، فربما يُسلِمُ، مع أن فيه دفعَ شرِّ قِتالِه.

(١) في (ز): وصغار الكفر.

(٢) رواه ابن أبي شيبة (٣٢٦٤٣)، والبيهقي (١٨٦٨٥).

والفائقُ في الغِنى: هو صاحِبُ المالِ الكَثيرِ، الذي لا يَحتاجُ إلى العَمَل.

وقيل: الفائِقُ الذي يَملِكُ عَشَرةَ آلافِ دِرهَمٍ فصاعِدًا، ومُتوسِّطُ الحالِ: الذي يَملِكُ مِائتَي دِرهَمٍ فصاعِدًا، والمُعتَمِلُ: الذي يَملِكُ ما دون المِائتَين، أو لا[1] يَملِكُ شيئًا، كذا في «شَرح القُدورِيِّ».

وتوضَع الجِزيةُ على أهل الكِتاب، والمَجوسِ، وعَبَدةِ الأَوثانِ من العَجَم؛ لإطلاق النُّصوص[2].

قَولُه: (لإطلاق النُّصوصِ) قال اللهُ تعالى: ﴿قَٰتِلُواْ ٱلَّذِينَ﴾ [التوبة:٢٩] إلى قَوله: ﴿حَتَّىٰ يُعۡطُواْ ٱلۡجِزۡيَةَ عَن يَدٖ وَهُمۡ صَٰغِرُونَ﴾ [التوبة:٢٩].

وقال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «سُنُّوا بهم[3] سُنَّةَ أهلِ الكِتابِ»[4]، يعني في أَخذ الجِزيةِ منهم، وقال النَّبيُّ عَلَيْهِ السَّلَامُ[5]: «خُذوا من كلِّ حالِمٍ وحالِمةٍ دينارًا»[6].

---

(١) في (هـ) و(ز): ولا.

(٢) أي كقوله تعالى: ﴿قَٰتِلُواْ ٱلَّذِينَ لَا يُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَلَا بِٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ ٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ ٱلۡحَقِّ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ حَتَّىٰ يُعۡطُواْ ٱلۡجِزۡيَةَ عَن يَدٖ وَهُمۡ صَٰغِرُونَ﴾.

(٣) في (هـ): سنوا في مجوس مجر. وفي (و) و(ز): سنوا بالمجوس. والمثبت من الأصل.

(٤) رواه الإمام مالك ١/ ٢٧٨، وابن أبي شيبة (١٠٧٦٥)، والبزار (١٠٥٦)، والطبراني (١٠٥٩).

(٥) في (و): وقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ.

(٦) روى الإمام أحمد (٢٢٠١٣)، وأبو داود (١٥٧٦)، والترمذي (٦٢٣)، والنسائي (٢٤٥٠)، وابن ماجه (١٨٠٣): عن معاذ: أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لما وجهه إلى اليمن أمره أن يأخذ من البقر من كل ثلاثين تبيعًا أو تبيعةً، ومن كل أربعين مسنةً، ومن كل حالم -يعني محتلمًا- دينارًا، أو عدله من المعافر، ثياب تكون باليمن. =

قَولُه: (مِن العَجَم) كَلِمةُ (مِن)[1] لبَيان عَبَدةِ الأوثانِ فحسْبُ؛ لأنَّ عَبدةَ الأوثانِ من العَرَب لا جِزيةَ عليهم، فاحتاج إلى البَيان.

ولا توضَع على عَبَدة الأَوثانِ من العَرَب؛ لقوله تعالى: ﴿تُقَـٰتِلُونَهُمۡ أَوۡ يُسۡلِمُونَۖ﴾ [الفتح:١٦].

قَولُه تعالى: ﴿تُقَـٰتِلُونَهُمۡ أَوۡ يُسۡلِمُونَۖ﴾: نَزَلت الآيةُ في بَني حَنيفةَ[2]، وهم من الأَعراب، بدَليل قَولِه تعالى: ﴿قُل لِّلۡمُخَلَّفِينَ مِنَ ٱلۡأَعۡرَابِ سَتُدۡعَوۡنَ إِلَىٰ قَوۡمٍ أُوْلِي بَأۡسٖ شَدِيدٖ﴾ [الفتح:١٦]، و(أو) بمَعنى (إلى)[3]، مَعناهُ: إلى أن يُسلِموا، فيكونُ الحُكمُ فيهم: المُقاتَلةُ إلى غاية الإسلامِ، فلا يُمكِنُ وُجوبُ الجِزيةِ عليهم.

ولا على المُرتَدّين؛ لقوله عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ: «من بَدَّل دينَه فاقتُلوه»[4].

= ولفظ: (حالمة) رواه عبد الرزاق (١٠٠٩٩).

(١) قوله: (كلمة من) مثبت من (ز).

(٢) رواه الطبري في «تفسيره» ٢١/ ٢٦٨ عن الزهري وسعيد بن جبير وعكرمة.

وعزاه في «الدر المنثور» ٧/ ٥٢٠ للفريابي وابن مردويه عن ابن عباس رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا.

(٣) قال الطبري في «تفسيره» ٢١/ ٢٦٩: وقد ذكر أن ذلك في بعض القراءات: (تقاتلونهم أو يسلموا)، وعلى هذه القراءة وإن كانت على خلاف مصاحف أهل الأمصار، وخلافًا لما عليه الحجة من القراء، وغير جائز عندي القراءة بها لذلك.. تأويل ذلك: تقاتلونهم أبدًا إلا أن يسلموا، أو حتى يسلموا. انتهى.

وقال القرطبي في «تفسيره» ١٦/ ٢٧٣: وفي حرف أبي (أو يسلموا) بمعنى حتى يسلموا، كما تقول: كل أو تشبع، أي حتى تشبع، قال:

فقلت لـه لا تبـك عينـك إنما ... نحـاول ملـكًا أو نمـوت فنعذرا

(٤) رواه البخاري (٣٠١٧).

ولا جِزيةَ على امرأةٍ، ولا صَبِيٍّ، ولا زَمِنٍ، ولا أعمى، ولا فَقيرٍ غيرِ مُعتَمِلٍ، ولا على الرُّهبان الذين لا يُخالِطونَ النّاس؛ لأنها تَجِبُ عِوَضًا عن القَتْل.

قَولُه: (لأنَّ الجِزيةَ تَجِبُ عِوَضًا عن القَتل) إن[1] أراد به حَقيقةَ القَتلِ: فالمَعنى أنَّها تَجِبُ عِوَضًا عن القَتل في حَقِّهم، وإن أراد به القِتالَ: فهو صَحيحٌ؛ لأنَّ الجِزيةَ تَجِبُ بَدلًا عن النُّصرة بالقِتال في حَقِّنا.

ثم هذا الدَّليلُ لا يَستَقيمُ في الكُلِّ، فإنَّ الفَقيرَ وإن كان غيرَ مُعتَمِلٍ: فهو مُستَحِقٌّ للقَتل، فكان يَنبَغي أن يَجِبَ عليه الجِزيةُ بالنَّظَر إلى هذا التَّعليلِ، وإنَّما لم تَجِب عليه الجِزيةُ: لأنَّ الجِزيةَ مالٌ يُؤخَذ منه، ولا مالَ له، والعاجِزُ عن الأداء مَعذورٌ[2] شَرعًا فيما هو أقوى من هذا، وهو حَقُّ العِبادِ، قال اللهُ تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسۡرَةٖ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيۡسَرَةٖۚ﴾ [البقرة:٢٨٠] ، ففي الجِزية أولى.

والرُّهبانُ إذا كانوا لا[3] يُخالِطون النَّاسَ لا قَتلَ عليهم، فلا تَجِبُ الجِزيةُ عليهم.

ومَن أَسلَم وعليه جِزيةٌ: سَقَطت عنه.

قَولُه: (ومن أَسلَم وعليه جِزيةٌ) أي أسلَم من أهل الذِّمّةِ قبل إكمالِ السَّنةَ أو بعدَها قبل أن يُؤخَذ منه الجِزيةُ: سَقَط عنه.

وقال الشافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا تَسقُط؛ لأنها من أُجرة الدّار.

قال الشّافعيُّ: إن أَسلَم بعد إكمالِ السَّنةِ لا يَسقُطُ، وإن أَسلَمَ قبلَه: فله فيه

(١) مثبتة من (هـ).

(٢) في (ز): مأذون.

(٣) سقطت من (هـ).

قَولان؛ لأنَّ الجِزيةَ عندَه مُؤنةُ السُّكنى، وقد وَصَل إليه المُعوَّضُ، فلا يَسقُطُ عنه العِوَضُ بالإسلام، كما إذا استأجَر دارًا فسَكَن، ثم أسلَم: لا تَسقُطُ عنه الأجرةُ.

لنا: أن هذه عِوَضٌ عما استَحالَ وُجودُه بعد الإسلام.

(ولَنا: أنَّ الجِزيةَ عِوَضٌ عمّا استحال وُجودُه): الجِزيةُ عندنا: خَلَفٌ عن القَتل في حَقِّهم، وعن النُّصرة في حَقِّنا، وبعد الإسلامِ لا يُتصوَّرُ قتلُه، فكان وُجودُ الأصلِ مُستَحيلًا، وكذلك النُّصرةُ في الماضي لا يُتصوَّرُ؛ لأنَّ في الماضي وَقَعت الغُنيةُ عنه، وإذا لم يُتصوَّرْ وُجودُ الأَصلِ: لا يُشرَع الخَلَفُ؛ لأنَّ من شَرط الخَلَفِ أن يَنعَقِدَ السَّبَبُ للأصل على الاحتِمال، وامتَنَع وُجودُه بعارضٍ، كمن حَلَف على مَسِّ السَّماءِ، أنَّ اليَمينَ انعَقَدت للبِرِّ؛ لاحتِمال وُجودِه، فانعَقَدت الكَفّارةُ خَلَفًا عنه، وأمّا الغَموسُ: فلم تَنعَقِد للحُكم الأصلِيِّ، فلم تَنعَقِد لخَلَفه[1].

وهو بعَقد الذِّمّةِ صار من أهل دارِنا، فإنَّما يَسكُنُ دارَ نَفسِه، فلا مَعنى لإيجاب بَدَلِ السُّكنى.

وإن اجتَمع حَولان: تَداخَلت الجِزيةُ عند أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن أَصلَه صار مُتَعذِّرًا.

(وإن اجتَمَعَ الحَولان) أي مَرَّ عليه الحَولانِ قبلَ أن يُؤخَذ خَراجُ رأسِه: لم يُؤخَذ بذلك في قَول أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، إلا باعتِبار السَّنةِ التي هو فيها، ويُؤخَذ في قَولهما بجَميع ما مَضى.

---

(١) في (هـ): بحلفه.

وتُلقَّبُ هذه المَسألةُ بـ (المَوانيذ)[1]، هما يَقيسان على خَراج الأرضِ[2]، وله أنّها عُقوبةٌ، فتَتداخَلُ إذا اجتَمَعت[3].

قَولُه: (لأنَّ أصلَه صار مُتعذِّرًا) أمّا إذا كانت بَدَلًا عن النُّصرة: فظاهِرٌ؛ لأنَّ النُّصرةَ في الماضي لا تُمكِنُ، وإن كانت بَدَلًا عن القَتل: فكذلك؛ لأنّه لا يُتصوَّرُ في السَّنة الثانيةِ قتله في السَّنة الأُولى.

ولا يَجوزُ إِحداثُ بِيعةٍ أو كَنيسةٍ في دار الإِسلام؛ لأنه إعلاءُ كِلمةِ الكُفْر.

قَولُه: (لا يَجوزُ إحداثُ بِيعةٍ ولا كَنيسةٍ في دار الإسلامِ) البِيعةُ: اسمٌ لمُتعبَّد النَّصارى، والكَنيسةُ: اسمٌ لمُتعبَّد اليَهودِ، وقد يُطلَق اسمُ الكَنيسةِ على البِيعة أيضًا.

وقال في «المُغرِب»: وأمّا كَنيسةُ اليَهودُ والنَّصارى لمُتعبَّدهم: فتَعريبُ (كنشت) عن الأزهريِّ، وهي تَقَعُ على بِيعة النَّصارى وصَلاةِ اليَهودِ[4].

وإن انهَدَمت البِيعةُ أو الكَنيسةُ القَديمة: أَعادوها.

قَولُه: (أعادوها) لأنَّ التَّوارُثَ جَرى من لَدُن رَسولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى يَومنا

---

(١) موانيذ الجزية: جمع مانيذ، وهو معرب، أي بقايا. «الطلبة» ص٨٧.

(٢) لهما: أن الخراج وجب عوضًا على ما تقدم، وكل ما وجب عوضًا إذا اجتمع وأمكن استيفاؤه يستوفى كما في سائر الأعواض، وقد أمكن؛ لأن الفرض أنه حي، واستيفاء المال من الحي ممكن إذا لم يمنع منه الإسلام. «العناية» ٦/ ٥٥.

(٣) والفرق أن الخراج في حالة البقاء مؤنة من غير التفات إلى معنى العقوبة، ولهذا إذا اشترى المسلم أرضًا خراجيةً يجب عليه الخراج، فجاز أن لا يتداخل، بخلاف الجزية فإنها عقوبة ابتداء وبقاء، ولهذا لم تشرع في حق المسلم أصلًا، والعقوبات تتداخل. «العناية» ٦/ ٥٥.

(٤) من قوله: (قوله لا يجوز إحداث بيعة) إلى هنا مثبت من (ز).

هذا بتَركِ البِيَعِ والكَنائِسِ في دارنا[1]، والأبنِيةُ لا تَبقى دائِمةً[2]، فكان هذا دَليلَ جَوازِ الإعادةِ.

وهذا إذا كان في ذلك المَوضِعِ، وإن قالوا: (نُحَوِّلُها[3] إلى مَوضِعٍ آخرَ): لم يَكُن لهم ذلك.

ويُمنَع عن الزِّيادة على البِناء الأوَّلِ، كذا في «فَتاوى» قاضي خانَ[4].

ويُؤخَذ أَهلُ الذِّمَّةِ بالتَّمييز عن المُسلمينَ في زِيِّهم[5]، ومَراكِبِهم، وسُروجِهم، وقَلانِسِهم: إظهارًا للصَّغار والذُّلِّ، قال الله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يُعۡطُواْ ٱلۡجِزۡيَةَ عَن يَدٖ وَهُمۡ صَٰغِرُونَ﴾ [التَّوبَة:٢٩].

---

(١) من ذلك ما رواه أبو داود (٣٠٤١) عن ابن عباس قال: صالح رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أهل نجران على ألفي حلة، النصف في صفر والنصف في رجب، يؤدونها إلى المسلمين، وعارية ثلاثين درعًا، وثلاثين فرسًا، وثلاثين بعيرًا، وثلاثين من كل صنف من أصناف السلاح، يغزون بها، والمسلمون ضامنون لها حتى يردوها عليهم، إن كان باليمن كيد أو غدرة، على أن لا تهدم لهم بيعة، ولا يخرج لهم قس، ولا يفتنوا عن دينهم، ما لم يحدثوا حدثًا أو يأكلوا الربا.

وروى ابن أبي شيبة (٣٢٩٨٣) عن حفص بن غياث عن أبي بن عبد الله قال: جاءنا كتاب عمر بن عبد العزيز: لا تهدم بيعة ولا كنيسة ولا بيت نار صولحوا عليه.

وروى البيهقي (١٨٧١٦) عن ابن عباس رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا قال: أيما مصر أعده العرب فليس للعجم أن يبنوا فيه بيعة -أو قال: كنيسة- ولا يضربوا فيه ناقوسًا، ولا يدخلوا فيه خمرًا ولا خنزيرًا، وأيما مصر اتخذه العجم فعلى العرب أن يفوا لهم بعهدهم فيه، ولا يكلفوهم ما لا طاقة لهم به.

(٢) في (و): دائمًا.

(٣) في (و): وإن طلبوا تحويلها.

(٤) في (و) و(ز): كذا في الفتاوى.

(٥) في (ب): زينتهم.

ولا يَركبونَ الخَيلَ، ولا يَعملونَ بالسِّلاحِ؛ لأن الخَيلَ والسِّلاحَ آلةُ إعلاءِ كلمةِ اللهِ تعالى.

الزِّيُّ: اللِّباسُ والهَيئةُ.

(ومَراكِبِهم) يُمنَعون عن رُكوبِ الخَيلِ.

(وسُروجِهم) تكونُ كهَيئةِ الأُكُفِ[1].

ومن امتَنَع من الجِزيةِ، أو قَتَلَ مُسلِمًا، أو سَبَّ النبيَّ عَلَيْهِ السَّلَامُ، أو زَنى بمُسلِمةٍ: لم يَنتَقِض عَهدُه؛ لأنه ليس بنَصٍّ على نَقْضِ العَهدِ[2].

قَولُه: (لأنَّه ليس بنَصٍّ على نَقضِ العَهدِ) أي إنَّه ليس بصَريحٍ على نَقضِ العَهدِ، وليس بمُتضَمِّنٍ له؛ لأنَّ هذا اللَّفظَ[3] يَتضَمَّنُ الكُفرَ، والمُقارِنُ لا يَمنَعُه[4]، فالطَّارِئُ كيف يَرفَعُه؟! لأنَّ المَنعَ أسهَلُ من الرَّفعِ، والغايةُ التي يَنتَهي بها القِتالُ: التِزامُ الجِزيةِ لا أداؤُها[5]، وقد وُجِد ذلك

ولا يُنتَقَضُ العَهدُ إلا أن يَلحَق بدارِ الحَربِ، أو يَغلِبونَ على مَوضِعٍ فيُحارِبونَنا؛ لأن الجِزيةَ خَلَفٌ عن الإسلامِ، فيَبقى ما أمكَن.

---

(١) السَّرج: الرحل. «مختار الصحاح» ص١٤٥. ويكون للفرس. والإكاف: البرذعة. «المعجم الوسيط» ١/ ٢٢، وفي «المصباح» ١/ ٤٣: البرذعة: حِلس يُجعل تحت الرجل، بالدال والذال، والجمع البراذع، هذا هو الأصل، وفي عرف زماننا هي للحمار ما يُركب عليه، بمنزلة السرج للفرس.

(٢) في (ب): ليس بنقض العهد.

(٣) في (و): لفظ.

(٤) في (و): لا يرفعه.

(٥) في (ز): الجزية لأدائها.

(لأنَّ الجزيةَ خَلَفٌ عن[1] الإسلام، فيَبقى[2] ما أمكنَ) أي الإسلامُ يَبقى ما لم يُوجَد ضِدُّه الذي هو التَّكذيبُ؛ لأنَّ الشَّيءَ إنَّما يَبطُلُ بوُجود ما يُضادُّه بعَقد الذِّمّةِ، الذي هو قَبولُ أحكامِ الإسلامِ، وتَركُ الحِرابِ إنَّما يَبطُلُ بضِدِّه، وهو تَركُ قَبولُ الأحكامِ، واختيارُ الحِرابِ، وذلك باللُّحوق إلى دار الحَربِ.

(١) مثبتة من (ز).

(٢) في الأصل: فتبقى.

﴿فصلٌ في أحكام المرتدّين﴾

فصلٌ

وإذا ارتَدَّ المُسلِمُ والعياذُ بالله: عُرِض عليه الإسلام، فإن كانت له شُبهةٌ: كُشِفت له؛ إحياءً له، ونُصْرةً للدِّين.

ويُحبَسُ ثلاثةَ أيَّامٍ، فإن أَسلَمَ وإلا قُتِل؛ لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «من بَدَّل دينَه فاقتُلوه»[1].

فإن قتَله قاتِلٌ قَبل عَرْضِ الإسلامِ عليه: كُرِه ذلك، ولا شيء عليه؛ لأنه أباح الشَّرعُ دمَه[2]، وإنما يُكرَه؛ لأنه يُمكِن أن يُسلِم.

وأما إذا ارتَدَّت: فلا تُقتَل، ولكن تُحبَسُ حتى تُسلِمَ.

قَولُه: (ويُحبَس ثلاثةَ أيَّامٍ) هذا إذا استَمهَل، فإن لم يَطلُب: يُقتَلُ من ساعَتِه[3].

قَولُه: (إحياءً له) لأنَّ الكُفرَ مَوتٌ حُكمًا[4]؛ لأنَّ المَقصودَ من الحَياة -وهو الإسلامُ وإقامةُ حُدودِ الشَّرعِ- يَفوتُ به، وإذا فات ما هو المَقصودُ به: صار كأنَّه لم

---

(١) رواه البخاري (٣٠١٧).

(٢) أي بالحديث المار آنفًا.

(٣) هذه الفقرة سقطت من (ز) هنا، وذكرت عند قوله: (لحصول المقصود).

(٤) قال تعالى: ﴿أَوَمَن كَانَ مَيْتًا فَأَحْيَيْنَٰهُ﴾، أي كافرًا فهديناه، كما تقدم.

يَكُن، وهذا كما سَمّاهُم: (صُمًّا بُكْمًا عُمْيًا) باعتِبار فَواتِ ما هو المَقصودُ من هذه الحَواسِّ.

وأيَّد هذا قَولُه تعالى: ﴿أَوَمَن كَانَ مَيْتًا فَأَحْيَيْنَٰهُ﴾ [الأنعام:١٢٢].

ولأنَّه صار واجِبَ القَتلِ بالارتِداد، فصار كأنَّه مَيْتٌ [١]، وبالإسلام لم يَبقَ مُستَحِقَّ القَتلِ، فصار كأنَّه أحياه، وهذا لأنَّ اللهَ تعالى جَعَل إبقاءَ الحَياةِ حَياةً، فقال اللهُ تعالى: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَآ أَحْيَا ٱلنَّاسَ جَمِيعًا﴾ [المائدة:٣٢].

التَّوبةُ عن الرِّدّة: أن يَأتِيَ بكَلمة الشَّهادةِ، ويَتبَرَّأ عن الأَديان كلِّها سوى الإسلامُ، أو يَتبَرَّأ[٢] عمّا انتقَل إليه.

فإنَّ تَمامَ الإسلامِ من اليَهوديِّ: بالتَّبرّي عن اليَهوديّة، ومن النَّصرانيِّ: بالتَّبرّي عن النَّصرانيّة، ومن المُرتَدِّ: بالتَّبرّي عن كلِّ مِلّةٍ سِوى الإسلامِ.

وإن تَبرأ عمّا انتقَل إليه: كَفاهُ؛ لحُصول المَقصودِ.

ويَزولُ مِلكُ المُرتَدِّ عن أَمواله برِدَّته زَوالًا مُراعًى، فإن أَسلَم: عادَت إلى حالها، وإن مات أو قُتِل على رِدَّته: انتقَل ما اكتَسَبُه في حال الإسلامِ إلى وَرَثته من المُسلمين، وما اكتَسَبه في حال رِدَّتِه: فَيءٌ.

وقال أبو يوسف ومحمّدٌ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: كلاهما ميراث؛ لأن الوَرَثةَ أَحَقُّ بماله، وأَقرَبُ إليه.

قَولُه: (زَوالًا مُراعًى) مَوقوفًا، وتَفسيرُه: ما ذُكِر بعدَه: (فإن أسلَم: كذا، وإن

(١) في (هـ): ميت فأحياه.

(٢) في (ز): ويتبرأ.

قُتِل: كذا)، وهذا عند أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وعندهما: لا يَزولُ مِلكُه.

قَولُه: (لأنَّ الوَرثةَ أحَقُّ بماله، وأقرَبُ إليه) وقد أمكَن التَّوريثُ، فيُورَّث، وهذا لأنَّ الرِّدَّةَ هَلاكٌ، وتَمامُه بالقَتل والمَوتِ[1]، فإذا تَمَّ ذلك: استَنَد التَّوريثُ إلى أوَّل الرِّدَّةِ، فيَكونُ تَوريثَ المُسلِمِ من المُسلِمِ؛ لأنَّ الحُكمَ عند تَمامِ السَّبَب يثبتُ من أوَّل السَّبَبِ، كالبَيع بشَرط الخِيارِ، إذا أُجيزَ: يَثبُتُ المِلكُ من وَقت العَقدِ.

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: قولُه عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ: «لا يَتوارَثُ أهلُ مِلَّتَينِ[2] شَتَّى»[3]، وإنما يَرِثُ منه الوَرَثةُ المُسلِمونَ في آخِر أجزاءِ إسلامه، وفي كَسْبِ الرِّدَّةِ لا يُتَصَوَّرُ ذلك.

وله: أنَّ استِنادَ التَّوريثِ إلى أوَّل الرِّدَّةِ في كَسب الإسلامِ مُمكِنٌ؛ لوُجوده عند الرِّدَّةِ، ولا يُمكِنُ الاستِنادُ في كَسب الرِّدَّةِ؛ لانعِدام مَحَلِّ الاستِنادِ عند السَّبَبِ، فلو ثَبَت حُكمُ التَّوريثُ فيه: يَثبُتُ مَقصورًا على الحال، وهو كافِرٌ، والمُسلِمُ لا يَرِثُ من الكافِر، وهذا مَعنى قَولِه: (وفي كَسب الرِّدّة لا يُتصوَّرُ ذلك)، والمُعتبَرُ وُجودُ الوارِثِ عند المَوتِ.

وإن لَحِق بدار الحَربِ مُرتَدًّا، وحَكَم الحاكِمُ بلَحاقِه بدار الحَرب: عَتَق مُدَبَّروه وأُمَّهاتُ أَولادِه، وحَلَّت الدُّيونُ التي عليه، وانتَقَل ما اكتَسَبه في حال الإسلامِ إلى وَرَثَتِه من المُسلِمين؛ لأنه مَيِّتٌ حُكمًا، قال الله تعالى: ﴿أَوَمَن كَانَ مَيْتًا فَأَحْيَيْنَٰهُ﴾

(١) في (ز): أو الموت.

(٢) كذا في نسخة على هامش (ج)، وفي (ج): المسلمين، وفي (أ) و(ب): الملتين.

(٣) رواه أبو داود (٢٩١١)، والترمذي (٢١٠٨)، والنسائي في «الكبرى» (٦٣٤٨)، وابن ماجه (٢٧٣١).

[الأنعام:١٢٢].

وتُقضَى الدُّيونُ التي لَزِمَتْه في حال الإسلامِ مما اكتَسَبه في حال الإسلام؛ لأنه كالمَيْت في آخِر أجزاءِ الإسلامِ عند أبي حنيفةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

وما لَزِمه من الدُّيون في حال رِدَّتِه: تُقضى مما اكتَسَبه في حال رِدَّتِه.

وما باعه، أو اشتَراه، أو تَصَرَّف فيه من أَموالِه في حَال رِدَّته: مَوقوفٌ، فإن أَسلَم: صَحَّت عُقودُه، وإن مات أو قُتِل أو لَحِق بدار الحَرب: بَطَلت، وهذا كُلُّه قَولُ أبي حنيفةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

وقالا رَحِمَهُمَا اللَّهُ: تَصرُّفاتُه صَحيحةٌ؛ للمِلك.

(وما لَزِمه من الدُّيون) تَفريعٌ على قَوله: (وعندَهما: تُقضَى دُيونُه من الكَسبين، وما باعه أو اشتَراه...) إلى آخِره.

اعلَم أنَّ تَصرُّفاتِ المُرتَدِّ أربعةُ أنواعٍ:

نافِذٌ بالاتِّفاق: كالاستِيلاد والطَّلاقِ؛ لأنَّه لا يَفتَقِرُ إلى حَقيقة المِلكِ وتمامِ الولاية.

وباطِلٌ بالاتِّفاق: كالنِّكاح والذَّبيحةِ؛ لأنَّه يَعتَمِدُ المِلَّةَ، ولا مِلَّةَ له.

ومَوقوفٌ بالاتِّفاق: كالمُفاوَضة؛ لأنَّها تَعتَمِدُ المُساواةَ، ولا مُساواةَ بين المُسلِمِ والمُرتَدِّ.

ومُختَلَفٌ فيه[1]: كالبَيع والشِّراءِ عند أبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، يَتَوَقَّفُ بين أن يَنفُذَ بالإسلام، أو يَبطُلَ بالمَوت.

(١) أي في وقفه، كما في نسخة الأصل.

وعندهما: نافِذٌ، إلا أنَّ أبا يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ يقولُ: يَنفُذُ كما يَنفُذُ من الصَّحيحِ، حتى يُعتبرُ[1] من جَميع المالِ.

وعند محمّدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَنفُذُ كما يَنفُذُ من المَريض.

قَولُه: (للمِلك) يعني إنَّ مِلكَ المُرتَدِّ ثابِتٌ في ماله، ونَفاذُ التَّصرُّفِ مَوقوفٌ على المِلكِ والأهلِيَّةِ، وقد وُجِد.

أمّا الأهليّةُ: فلكونه مُخاطَبًا.

وأمّا المِلكُ: فلأنّه قد كان باعتِبار صِفةِ الحُرّيّةِ[2]، ولم يَنعَدِم بالرِّدّة؛ لأنَّ الكُفرَ لا يُنافي المِلكَ، وهو مُكلَّفٌ مُحتاجٌ، فيَبقى مِلكُه ما دام حَيًّا، وهذا لأنَّ تأثيرَ الرِّدّةِ في إباحة دَمِه، وذلك لا يُخِلُّ بالماليّة، كالمَقضِيِّ عليه بالرَّجم والقِصاصِ[3].

ولأبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه انعَقَد سَبَبُ الهَلاك، فإن هَلَك المُرتَدُّ: استَنَد إلى سَبَبه، فكأنَّه تَصَرَّف فيه بعد زَوال مِلكه.

قَولُه: (أنَّه انعقَد سَبَبُ الهَلاكِ) أي الرِّدّةُ سَبَبُ الهَلاكِ؛ لأنَّ من انتَحَل إلى نِحلةٍ[4] قلَّما يَترُكُه[5]، فيُفضي إلى القَتل ظاهِرًا.

وهذا لأنَّه حَربِيٌّ مَقهورٌ تحت أيدينا، وهذا يُوجِبُ زَوالَ مِلكِه، لكنّه يُجبَرُ على

---

(١) في (ز): يعتد.

(٢) في (هـ): الجزئية.

(٣) فإن ملكه لا يزول بإباحة دمه. «البناية» ٧/ ٢٧٣.

(٤) النِّحلة: الدَّعوى... وفلان ينتحل مذهب كذا وقبيلة كذا: إذا انتسب إليه. «المختار» ص٣٠٦.

(٥) في (هـ): تركه.

الإسلام، ويُرجَى عَودُه؛ لوُقوفه على مَحاسِنه، فتَوقَّفنا في أمره.

ألا تَرى أنَّ عِصمةَ نَفسِه زال[1] بالرِّدّة! فكذا عِصمةُ مالِه.

وإذا عاد المُرتَدُّ بعد الحُكمِ بلَحاقه إلى دار الإسلامِ مُسلِمًا: فما وَجَده في يد وَرَثَتِه من ماله بعَينه أَخَذه؛ لأنه أَحَقُّ بكَسْبه.

قَولُه: (لأَنَّه أحَقُّ بكَسبه) لأنَّ الوِراثةَ خِلافةٌ، والخَلَفُ يَسقُطُ اعتِبارُه إذا ظَهَر الأصلُ.

والتَّقييدُ بقَوله: (فما وَجَده في يَد وَرَثته) يُشيرُ إلى أنَّه لا يَأخُذُ ما زال عن مِلك الوارِثِ بسبَبٍ لا يَلحَقُه الفَسخُ، كالعِتق، أو يَلحَقُه، كالبَيع والشِّراءِ، لأنَّ القَضاءَ باللُّحوق قد صَحَّ بدَليلٍ مُصَحِّحٍ، فلا يُنقَض.

والمُرتَدّةُ إذا تَصَرَّفت في مالها حالَ رِدَّتِها: جاز تَصَرُّفُها؛ لأن رِدَّتَها ليست سَبَبًا للهَلاك.

(لأنَّ رِدَّتَها ليست سَبَبًا للهلاك) لأنَّها لا تُقتَل، ولكنّها تُحبَس وتُجبَر على الإسلام.

وهذا لأنَّ قَتلَ الكُفّارِ شُرِع لدَفع المُحارَبةِ، وليست للمَرأة بِنيةٌ صالِحةٌ للحِراب، فلا تُقتَل، لا في الكُفر الأصليِّ، ولا في الطّارِئ.

---

(١) في (و): إن زال.

فصلٌ[1] ﴿في أحكام نصارى بني تغلِب﴾

فصل

ونَصارى بَني تَغلِبَ يُؤخَذ من أَموالِهم ضِعفُ ما يُؤخَذ من المُسلمينَ من الزَّكاة، صالَحَهم عمرُ رَضِيَ اللهُ عَنهُ على ذلك[2].

ويُؤخَذ من نِسائهم، ولا يُؤخَذ من صِبيانهم، كالزكاة.

قال المُطرِّزيُّ: بَنو تَغلِبَ: قَومٌ من العَرَب، طالَبهم عُمرُ رَضِيَ اللهُ عَنهُ بالجِزية، فأبَوا، وقالوا: إنَّا لا نُعطي الجِزيةَ، فصُولِحوا على أن يُعطوا الصَّدَقةَ مُضاعَفةً، فرَضوا[3].

فالمَأخوذُ منهم جِزيةٌ في حَقِّ الآخِذ؛ لقَول عمرَ رَضِيَ اللهُ عَنهُ: هذه جِزيةٌ، فسَمُّوها ما شِئتُم[4]، وفي حَقِّ المَأخوذِ منه: زَكاةٌ؛ لأنَّ الصُّلحَ جَرى عليه، فيُؤخَذ من نِسائهم، ولا يُؤخَذ من صِبيانهم.

وما جَباه الإمامُ من الخَراج من أَموال بَني تَغلِبَ: يوضَعُ مَوضِعَ الخَراج، قال

(١) سقطت من (هـ).

(٢) وردت رواية تضعيف الزكاة عليهم عند الإمام أبي يوسف في «الآثار» (٤٤٥)، وعبد الرزاق (١٩٤٠٠)، وابن أبي شيبة (١٠٥٨١)، والبيهقي (١٨٧٩٧)، وانظر «نصب الراية» ٢/ ٣٦٢.

(٣) تقدم آنفًا.

(٤) سيأتي في المتن.

عمرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: هذه جِزيةٌ فسَمُّوها ما شِئتم[1].

قَولُه: (يُوضَع مَوضِعَ الخَراجِ) أي يُصرَف إلى مَصالِح المُسلِمين.

وكذلك الخَراجُ، وما أهداهُ أَهلُ الحَربِ إلى الإمام، والجِزيةُ: تُصرَف في مَصالح المُسلِمين، فيُسَدُّ به الثُّغور، وتُبنى به القَناطِرُ والجُسور، ويُعطى قُضاةُ المُسلِمينَ وعُمّالُهم وعُلماؤُهم منه ما يَكفيهم، ويُدفَع منه أَرزاقُ المُقاتِلةِ وذَرارِيِّهم؛ لأنه يُؤخَذ بقُوّة المُسلمين، فيُصرَفُ إلى مَصالحهم.

(وكذلك الخَراجُ) وكذا وكذا.. تُصرَف إلى مَصالِح المُسلِمين[2]، ولو لم يُؤَوَّل بهذا: لاختَلَّ الكَلامُ[3].

(فيُسَدُّ به الثُّغورَ) تَفسيرٌ لمَصالِح المُسلِمين.

الثَّغرُ: مَوضِعُ المَخافةِ من العَدُوِّ؛ لانثِلامه[4] وإمكانِ دُخولِ العَدوِّ.

---

(١) قال في «نصب الراية» ٢/ ٣٦٢: أخرج البيهقي رَحِمَهُ اللَّهُ (١٨٧٩٧) عن عبادة بن نعمان التغلبي في حديث طويل: أن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لما صالحهم -يعني نصارى بني تغلب- على تضعيف الصدقة، قالوا: نحن عرب لا نؤدي ما يؤدي العجم، ولكن خذ منا كما يأخذ بعضكم من بعض، يعنون الصدقة، فقال عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: لا، هذه فرض المسلمين، قالوا: فزد ما شئت بهذا الاسم لا باسم الجزية، ففعل، فتراضى هو وهم على أن تضعف عليهم الصدقة، وفي بعض طرقه: (سموها ما شئتم).

(٢) قوله: (الخراج وكذا وكذا تصرف إلى مصالح المسلمين) مثبت من (ز).

(٣) مقصوده والله تعالى أعلم أنه لولا هذا لأوهم أن قوله في المتن (تصرف في مصالح المسلمين) يرجع للجزية وحسب، ولصار الكلام أيضًا: وكذلك الخراج يوضع موضع الخراج.

(٤) الثُّلمة: الخلل في الحائط وغيره. «المختار» ص٥٠.

والقَنطَرةُ: ما يُبنى على الماء للعُبور، والجِسرُ عامٌّ[1].

الظَّاهِرُ أنَّ الضَّميرَ في (ذَراريّهم) يَرجِعُ إلى المُقاتِلة.

(١) قال المصنف رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى في «الكافي» ٩/ ٤٤٩: والجِسرُ: اسمٌ لِما يُوضَعُ ويُرفَعُ مما يُتَّخَذُ من الخَشَبِ والألواحِ. والقَنطَرةُ: ما يُتَّخَذُ من الآجُرّ والحجَرِ، ويَكونُ مَوضوعًا، ولا يُرفَعُ.

﴿فصلٌ في أحكام البغاة﴾

فصل

وإذا تَغَلَّب قَومٌ من المُسلمينَ على بَلَدٍ، وخَرَجوا عن طاعة الإمام: دَعاهم إلى العَود إلى الجَماعة، وكَشَف عن شُبهَتهم، كما أَرسَل عليٌّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عبدَ الله بنَ عبّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا إلى الخَوارج[1].

(١) روى النسائي في «الكبرى» (٨٥٢٢) عن عبد الله بن عباس قال: لما خرجت الحرورية اعتزلوا في دار، وكانوا ستة آلاف، فقلت لعلي: يا أمير المؤمنين أبرد بالصلاة، لعلي أكلم هؤلاء القوم، قال: إني أخافهم عليك، قلت: كلا، فلبست وترجلت، ودخلت عليهم في دار نصف النهار، وهم يأكلون فقالوا: مرحبًا بك يا بن عباس، فما جاء بك؟ قلت لهم: أتيتكم من عند أصحاب النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ المهاجرين والأنصار، ومن عند ابن عم النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وصهره، وعليهم نزل القرآن، فهم أعلم بتأويله منكم، وليس فيكم منهم أحد، لأبلغكم ما يقولون وأبلغهم ما تقولون.

فانتحى لي نفر منهم قلت: هاتوا ما نقمتم على أصحاب رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وابن عمه قالوا: ثلاث، قلت: ما هن؟ قال: أما إحداهن: فإنه حكّم الرجال في أمر الله، وقال الله: ﴿إِنِ ٱلْحُكْمُ إِلَّا لِلَّهِ﴾، ما شأن الرجال والحكم؟ قلت: هذه واحدة، قالوا: وأما الثانية، فإنه قاتَلَ ولم يَسْبِ ولم يغنم، إن كانوا كفارًا لقد حل سباهم، ولئن كانوا مؤمنين ما حل سباهم ولا قتالهم، قلت: هذه ثنتان، فما الثالثة؟ وذكر كلمة معناها قالوا: محا نفسه من أمير المؤمنين، فإن لم يكن أمير المؤمنين فهو أمير الكافرين، قلت: هل عندكم شيء غير هذا؟ قالوا: حسبنا هذا.

قلت لهم: أرأيتكم إن قرأت عليكم من كتاب الله جل ثناؤه وسنة نبيه ما يرد قولكم أترجعون؟=

ولا يَبدَأُهم بقتالٍ حتى يَبدَأوه، فإذا بَدَأوه: قاتَلَهم حتى يُفرِّقَ جَمْعَهم.

(ولا يَبدأُهم بِقِتالٍ حتى يَبدَأُوا) وقال عليٌّ كرَّمَ اللهُ وَجهَه: ولن نُقاتِلكم حتى تُقاتِلونا[1].

=قالوا: نعم، قلت: أما قولكم: حكم الرجال في أمر الله، فإني أقرأ عليكم في كتاب الله أن قد صير الله حكمه إلى الرجال في ثمن ربع درهم، فأمر الله تبارك وتعالى أن يحكموا فيه، أرأيت قول الله تبارك وتعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقْتُلُواْ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌۚ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾، وكان من حكم الله أنه صيره إلى الرجال يحكمون فيه، ولو شاء لحكم فيه، فجاز من حكم الرجال، أنشدكم بالله! أحكم الرجال في صلاح ذات البين وحقن دمائهم أفضل أو في أرنب؟ قالوا: بلى، هذا أفضل، وفي المرأة وزوجها: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ﴾، فنشدتكم بالله! حكم الرجال في صلاح ذات بينهم وحقن دمائهم أفضل من حكمهم في بضع امرأة، خرجتُ من هذه؟ قالوا: نعم.

قلت: وأما قولكم: قاتل ولم يسب ولم يغنم، أفتسْبُون أمكم عائشة، تستحلون منها ما تستحلون من غيرها وهي أمكم؟ فإن قلتم: إنا نستحل منها ما نستحل من غيرها فقد كفرتم، وإن قلتم: ليست بأمنا فقد كفرتم: ﴿ٱلنَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِٱلْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْۖ وَأَزْوَٰجُهُۥٓ أُمَّهَٰتُهُمْۗ﴾، فأنتم بين ضلالتين فأتوا منها بمخرج، أفخرجت من هذه؟ قالوا: نعم.

وأما محي نفسه من أمير المؤمنين، فأنا آتيكم بما ترضون، إن نبي الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يوم الحديبية صالح المشركين فقال لعلي: «اكتب يا علي: هذا ما صالح عليه محمد رسول الله»، قالوا: لو نعلم أنك رسول الله ما قاتلناك، فقال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «امح يا علي، اللهم إنك تعلم أني رسول الله، امح يا علي، واكتب هذا ما صالح عليه محمد بن عبد الله»، والله لرسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خير من علي، وقد محا نفسه، ولم يكن محوه نفسه ذلك محاه من النبوة، أخرجت من هذه؟ قالوا: نعم.

فرجع منهم ألفان، وخرج سائرهم، فقتلوا على ضلالتهم، فقتلهم المهاجرون والأنصار.

(١) روى الطبراني في «الأوسط» (٧٧٧١) عن كثير بن نمر قال: دخلت مسجد الكوفة عشية جمعة، وعلي يخطب الناس، فقاموا من نواحي المسجد يحكمون، فقال بيده هكذا، ثم قال: كلمة=

فإن كانت لهم فِئةٌ: أَجهَز على جَريحهم، واتَّبع مُوَلِّيهم.

وإن لم يكن لهم فِئةٌ: لم يُجهِز على جَريحهم، ولا يَتَّبعُ مُوَلِّيَهم.

(أَجهَز على جَريحهم) أَتَمَّ قَتلَهم، وهذا لأنَّ الغَرَضَ من قِتالهم دَفعُ بَغيِهم، ألا ترى إلى قَوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَفِيٓءَ إِلَىٰٓ أَمۡرِ ٱللَّهِۚ﴾ [الحُجرات:٩]، ومتى كانت لهم فِئةٌ -أي جَماعةٌ يَرجِعون إليها-: لم يَزَل يفيء من وَلَّى دُبُرَه؛ لأنَّه يَرجِعُ إلى البُغاة، ثم يَعودُ إلى القِتال، فجاز قَتلُه.

وكذلك الجَريحُ لا يُؤمَن أن يَبرأَ فيَعودَ إلى القِتال، فجاز قَتلُه أيضًا.

ولا يَسبي لهم ذُرِّيَّةً، ولا يَقسِمُ لهم مالًا، كذلك عن عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ(١).

قَولُه: (كذلك عن عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ(٢)) رُوِي أنَّه قال يومَ الجَمَلِ: لا تَقتُلوا أسيرًا، ولا تَأخذوا مالًا(٣).

=حق يبتغى بها باطل، حكم الله أنتظر فيكم، أن أحتكم بكتاب الله وسنة نبيه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وأقسم بينكم بالسوية، ولا يمنعكم من هذا المسجد أن تصلوا فيه ما كانت أيديكم مع أيدينا، ولا نقاتلكم حتى تقاتلونا.

(١) روى ابن أبي شيبة (٢٩٥٠٠) عن علي أنه قال يوم الجمل: لا تتبعوا مدبرًا، ولا تجهزوا على جريح، ومن ألقى سلاحه فهو آمن.

وروى ابن أبي شيبة (٣٧٧٨٩) عن الضحاك أن عليًا لما هَزَم طلحة وأصحابه أمر مناديه: أن لا يقتل مقبل ولا مدبر، ولا يفتح باب، ولا يستحل فرج ولا مال.

وروى سعيد بن منصور (٢٩٤٨) عن جعفر بن محمد عن أبيه: أن عليًا كان لا يأخذ سلبًا، وأنه كان يباشر القتال بنفسه، وأنه كان لا يذفف على جريح، ولا يقتل مدبرًا.

(٢) في (و): كرم الله وجهه.

(٣) تقدم آنفًا.

ولا بأس بأن يُقاتِلوا بسلاحِهم إن احتاجَ المُسلِمونَ إليه.

(ولا بأس أن يُقاتِلوا بسِلاحهم) ذَكَر في «المَبسوط»: لا بأس باستِعمال ذلك عند الحاجةِ، كسِلاح أهلِ العَدلِ.

ويَحبِسُ الإمامُ أَموالَهم، ولا يَرُدُّها عليهم، ولا يَقسِمُها حتى يَتوبوا، فيَرُدُّها عليهم؛ لأنهم مُسلِمون، ودِماؤُهم وأَموالُهم مَعصومةٌ، إلا أنه يَجِبُ دَفْعُ شَرِّهِم وتَقويمُهُم بقَدْر الإمكان، لا إهلاكُهم.

(ودِماؤُهم وأموالُهم مَعصومةٌ) لوُجود العاصِمِ، وهو الإسلامُ، كما وَرَد به الحَديثُ[1]، وهذا دَليلٌ على أنَّه لا يَقسِمُها.

قَولُه: (إلا أنَّه يَجِبُ دَفعُ شَرِّهم) دَليلٌ لقَوله: (يَحبِسُ الإمامُ أموالَهم، ولا يَرُدُّها).

وما جَباهُ أَهلُ البَغيِ من البِلاد التي غَلَبوا عليها من الخَراج والعُشْر: لم يَأْخُذْه الإمامُ ثانِيًا؛ لأن الإمامَ إنما يَختَصُّ بالأَخذ بعِلّةِ الحِماية، ولم يكن حامِيًا لهذه البِلادِ فيما مَضى.

قَولُه: (من الخَراج) بَيانٌ لِـ (ما جَباهُ).

فإن كانوا صَرَفوه في حَقِّه: أَجزَأَ من أُخِذ منه، وإن لم يكونوا صَرَفوه في حَقِّه: فعلى أَهله فيما بينَهم وبينَ الله أن يُعيدوا ذلك؛ لأن هذا كان غَصبًا.

(في حَقِّه) أي مَصرِفِه، من الفُقراء والمَساكين.

(١) روى البخاري (١٣٩٩) ومسلم (٢١): «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله، فمن قالها فقد عصم مني ماله ونفسه إلا بحقه، وحسابه على الله».

أجزَأَك: أي كفاك؛ لأنَّه كان غَصْبًا؛ لأنَّه ما وَصَل الحَقُّ إلى مُستَحِقِّه.

❁❁❁

ولَمّا كان الاستِحسانُ تَركَ القِياسِ الظَّاهِرِ، والعَمَلَ بدَليلٍ أَخفى منه: كان الجِهادُ من قَبيل المُستَحسنات؛ لأنَّ الدَّليلَ الظَّاهِرَ دالٌّ على أنَّ تَعذيبَ عبادِ اللهِ وتَخريبَ بِلادِ الله حَرامٌ، قال اللهُ تعالى: ﴿وَلَا تُفْسِدُواْ فِي ٱلْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَٰحِهَا﴾ [الأعراف:٥٦].

وقال صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: «الآدَمِيُّ بُنيانُ الرَّبِّ، مَلعونٌ من هَدَم بُنيانَ الرَّبِّ»(١).

لكنّه لَمّا كان مُتضَمِّنًا إعلاءَ كَلِمةِ الله تعالى: صار حَسَنًا.

ولأنَّ الجِهادَ سَبَبٌ لاستِغنام أَموالِ المُشرِكين، ومن عادَتِهم التَّحَلِّي بالذَّهب والفِضّةِ، والتَّختُّمُ بهما، ولُبسُ الحَريرِ والدِّيباجِ، والأكلُ والشُّربُ في أواني الذَّهَبِ والفِضّةِ، والجُلوسُ عل السَّرير المُفضَّضِ، والرُّكوبُ على السَّرْج المُفضَّضِ، واستِخدامُ الخِصيان، ومُجالَسةُ الأَجنَبيّات، والنَّظَرُ إليهنَّ، وغيرُ ذلك..

فنَحتاجُ إلى بَيان ما يَحِلُّ لنا وما لا يَحِلُّ من هذه الأموالِ ضَرورةً.

ولأنَّ الدُّنيا وما فيها من المَلاذِّ والشَّهَواتِ لأعدائنا، وأعظَمُ المَلاذِّ فيما ذَكَرنا، وقد بَيَّن في السِّيَر مُعامَلَةَ المُسلِمين مع نُفوسهم(٢)، فاحتاج إلى بَيان مُعامَلَةِ المُسلِمين مع أَموالهم(٣).

---

(١) قال في «تخريج أحاديث الكشاف» ١/ ٣٤٦: غريب جدًّا.

(٢) أي نفوس الأعداء.

(٣) في (هـ): بيان معاملتهم مع أموالهم.

كتابُ الاستحسان

كتابُ الاستحسانِ

الاستِحسانُ: طَلَبُ الأحسَنِ من الأُمور.

وقيل: الاستِحسانُ تَركُ القِياسِ، والأخذُ بما هو الأرفَقُ للنّاس.

وقيل: هو طَلَبُ السُّهولةِ في الأحكام، فيما يُبتَلى به الخاصُّ والعامُّ.

وقيل: الأَخذُ بالسَّعَة، وابتِغاءُ الدَّعَةِ[1].

وقيل: الأخذُ بالسَّماحة، وابتِغاءُ ما فيه الرَّاحةُ.

وحاصِلُ هذه العِباراتِ: أنَّه تَركُ العُسرِ لليُسر، قال اللهُ تعالى: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾ [البَقَرة:١٨٥].

وقال صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ: «خَيرُ دينِكم اليُسرُ»[2]، وقال لعليٍّ ومُعاذٍ رَضِيَ اللهُ عَنهُما: «يَسِّرا

---

(١) الدعة: الخفض والراحة. «المغرب» ص٤٨٠.

(٢) رواه الطبراني ١٨/ ٢٣٠ بلفظ: «خير دينكم أيسره».

ورواه الإمام أحمد (٢٠٣٩٤) والبخاري في «الأدب المفرد» (٣٤١) بلفظ: «إن خير دينكم أيسره، إن خير دينكم أيسره، إن خير دينكم أيسره».

ولا تُعَسِّرا»[1].

وهو أربعةُ أنواعٍ، على ما عُرِف في أُصول الفِقهِ[2].

وأصلُ هذا[3]: قَولُه تعالى: ﴿فَبَشِّرْ عِبَادِ ﴿١٧﴾ ٱلَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ ٱلْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُۥٓ﴾[4] [الزُّمَر:١٧ – ١٨]، والقُرآنُ كلُّه حَسَنٌ.

ثم مُدِحْنا[5] باتِّباع الأحسَن، وبيانُ هذا:

أنَّ المَرأةَ من قَرْنها[6] إلى قَدَمها عَورةٌ، وهو القياسُ الظَّاهِرُ، وإليه أشار النَّبيُّ

(١) روى الطبراني (١١٨٤١) عن ابن عباس قال: لما أنزلت ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِنَّآ أَرْسَلْنَٰكَ شَٰهِدًا وَمُبَشِّرًا وَنَذِيرًا﴾ دعا النبي صَلَّىٰ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عليًا ومعاذًا، وقد كان أمرهما أن يخرجا إلى اليمن، فقال: «انطلقا، وبشرا ولا تنفرا، ويسرا ولا تعسرا، فإنه قد أنزلت علي ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِنَّآ أَرْسَلْنَٰكَ شَٰهِدًا﴾ على أمتك ﴿وَمُبَشِّرًا﴾ بالجنة ﴿وَنَذِيرًا﴾ من النار ﴿وَدَاعِيًا﴾ إلى شهادة أن لا إله إلا الله ﴿وَسِرَاجًا مُّنِيرًا﴾ بالقرآن.

وروى البخاري (٣٠٣٨) ومسلم (١٧٣٣) أن النبي صَلَّىٰ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بعث معاذًا وأبا موسى إلى اليمن، قال: «يسرا ولا تعسرا، وبشرا ولا تنفرا، وتطاوعا ولا تختلفا».

(٢) قال المصنف رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ في «المنار» ص٣٥٢: والاستحسان قد يكون بالأثر، والإجماع، والضرورة، والقياس الخفي. كالسلم، والاستصناع، وتطهير الأواني، وطهارة سؤر سباع الطير. انتهى، قلت: وفي التمثيل لف ونشر مرتب كما لا يخفى.

(٣) أي التسمية بالاستحسان.

(٤) وقال الله تعالى: ﴿وَٱتَّبِعُوٓاْ أَحْسَنَ مَآ أُنزِلَ إِلَيْكُم مِّن رَّبِّكُم﴾، وقال: ﴿وَأْمُرْ قَوْمَكَ يَأْخُذُواْ بِأَحْسَنِهَا﴾. وانظر «كشف الأسرار» ٤/ ١٣.

(٥) في سوى الأصل: أمرنا.

(٦) القرن: جانب الرأس. «المختار» ص٢٥٢.

صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ حيث قال: «المَرأةُ عَورةٌ مَستورةٌ»[1].

ثم أُبيح النَّظَرُ إلى بعض المَواضِع منها[2] للحاجة والضَّرورةِ، وكان ذلك استِحسانًا؛ لكَونه أرفَقَ بالنَّاس.

لا يَحِلُّ للرِّجال لُبسُ الحَرير، ويَحِلُّ للنِّساء؛ لقوله عَلَيۡهِٱلسَّلَامُ حين خَرَج وبِإحدى يَدَيه ذَهَبٌ وفي الأُخرى حَريرٌ فقال: «هما[3] مُحَرَّمانِ على ذُكور أُمَّتي، حِلٌّ لإناثِهم»[4].

الحَريرُ: ما يَكونُ سَداهُ ولَحمَتُه إبريسَمًا[5]، المَصدَرُ يَستَوي فيه الواحِدُ والجَمعُ

(١) قال في «نصب الراية» ١/ ٢٩٨: أخرجه الترمذي (١١٧٣) عن عبد الله بن مسعود عن النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ أنه قال: «المرأة عورة، فإذا خرجت استشرفها الشيطان». انتهى، وقال: حديث حسن صحيح غريب. انتهى، ورواه ابن حبان في «صحيحه» (٥٥٩٩)... إلى أن قال: ولفظ: مستورة لم أجده عند أحد منهم.

(٢) وهما الوجه والكفان. كما في «الهداية»، وانظر «العناية» ١٠/ ٢٤.

(٣) في (أ): وقال هذان.

(٤) رواه بألفاظ متقاربة: الإمام أحمد (١٩٥١٥) عن أبي موسى الأشعري، وأبو داود (٤٠٥٧) عن علي، والترمذي (١٧٢٠) عن أبي موسى الأشعري، والنسائي (٥١٤٤) عن علي، وابن ماجه (٣٥٩٧) عن عبد الله بن عمرو، والبزار (٤٨٣٦) عن ابن عباس، رضي الله تعالى عنهم أجمعين، وانظر «نصب الراية» ٤/ ٢٢٢.

(٥) السَّدَى وِزان الحصى، من الثوب، خلاف اللحمة، وهو ما يمد طولًا في النسج، والسداة أخص منه، والتثنية سَدَيان، والجمع أسداء، وأسديت الثوب -بالألف-: أقمت سَداه. «المصباح» ١/ ٢٧١.

ولَحمة الثوب -بالفتح-: ما ينسج عرضًا، والضم لغة، وقال الكسائي: بالفتح لا غير، واقتصر عليه ثعلب. «المصباح» ٢/ ٥٥١. =

والتَّثنيةُ.

قال اللهُ تعالى: ﴿إِنَّا رَسُولُ رَبِّ ٱلْعَٰلَمِينَ﴾[1] [الشُّعَراء:١٦]، فلهذا قال: «حِلٌّ لإناثهم».

ولا بأس بتَوَسُّده عند أبي حنيفة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.

وقالا: يُكرَه تَوَسُّدُه[2]؛ لأنه لُبْسٌ من وَجه.

قَولُه: (لأَنَّه لُبسٌ من وَجهٍ) اللُّبسُ على الكَمال إنَّما يكونُ إذا كان المَلبوسُ قائِمًا باللّابس، وهذا لا يَتحَقَّقُ بالتَّوسُّد، فيكونُ لُبسًا من وَجهٍ، فيُكرَه؛ لأنَّ شُبهةَ الحَرامِ مُلحَقةٌ بحَقيقته[3]، ألا ترى أنَّ من صَلَّى وبين يَدَيه كانونٌ[4] فيه نارٌ: يُكرَه؛ لأنَّه يُشبِهُ عِبادةَ النّارِ.

ولأبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللهُ: قَولُه تعالى: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللَّهِ ٱلَّتِيٓ أَخْرَجَ لِعِبَادِهِۦ...﴾ [الأعراف:٣٢] الآيةَ، وإنه لا يُسَمّى لُبسًا على الإطلاق.

قَولُه تعالى: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللَّهِ ٱلَّتِيٓ أَخْرَجَ لِعِبَادِهِۦ﴾: الآيةُ دَلَّت على إباحة الزِّينةِ، فكان يَنبَغي أن يَحِلَّ لُبسُ الحَريرِ، إلا أنَّه حَرُم لوُرود الأحاديثِ المَشهورةِ في حُرمة لُبسِه، فبَقِي ما وَراءَه حَلالًا بالنَّصِّ، وهذا ليس في مَعناه؛ لأنَّ المُحَرَّمَ لُبسُ الحَريرِ، ولا يُسَمّى هذا لُبسًا مُطلَقًا.

فإن قيل: ليس في الحَديث ذِكرُ اللُّبسِ؛ لأنَّه قال: «هما مُحَرَّمانِ»، فيَقتَضي حُرمةَ

= والإبريسم: أحسن الحرير. «المعجم الوسيط» ١/ ٢.

(١) فأفرد الرسول وأراد الاثنين موسى وهارون عليهما الصلاة والسلام.

(٢) في (أ) زيادة: وقد روي عن محمد ذلك.

(٣) في (و): شبهة الحرام كحقيقته.

(٤) الكانون والكانونة: الموقد. «المختار» ص٢٧٤.

الارتِفاقِ بهما مُطلَقًا.

قيل: أُرِيدَ به اللُّبسُ إجماعًا؛ لأنَّه يَحِلُّ الارتِفاقُ به، كالعَلَم في العِمامة والجُبَّةِ إذا كان أربَعَ أصابِعَ.

ولا بأس بلُبس الدِّيباج في الحَرب عندهما؛ لأنه يَرُدُّ الحَديدَ بقُوَّته، ويكون وَهْنًا[1] في قُلوب الأَعادي.

وعند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: مُكروهٌ؛ لإطلاق النَّص[2].

الدِّيباجُ: الثَّوبُ الذي سَداهُ ولَحمَتُه إبريسَمٌ[3]، وعندهم: اسمٌ للمُنقَّشِ[4].

قَولُه: (لأنَّه يَرُدُّ الحَديدَ بقُوَّته) لأنَّ ما خَلُص منه كان أدفَعَ لمَعَرَّة السِّلاحِ.

(ويكونُ رُعبًا في أعين الأعداءِ) لِلَمَعَانِه.

ولا يُقال: هذا تَقييدٌ للمُطلَق بالرَّأي، وإنَّه غيرُ جائزٍ.

لأنَّه صَحَّ أنَّ النَّبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رَخَّص في لُبس الحَريرِ والدِّيباجِ في الحَرب[5].

---

(١) في (ب): رُعبًا.

(٢) أي النصوص المحرمة للبس الحرير، ومنها الحديث المار آنفًا.

(٣) في (ز): سداه قطن ولحمته إبريسم.

(٤) في (هـ): (للدمعس). والمنقش: ما زُيِّن بالديباج. قال في «المغرب» ص١٥٩: الديباج: الثوب الذي سداه ولحمته إبريسم، وعندهم: اسم للمنقش، والجمع دبابيج، وعن النخعي: أنه كان له طيلسان مدبج، أي أطرافه منَقَّشة مزينة بالديباج.

(٥) روى ابن ماجه (٢٨١٩) عن أسماء بنت أبي بكر: أنها أخرجت جبة مزررة بالديباج، فقالت: كان النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يلبس هذه إذا لقي العدو.

وقال في «نصب الراية» ٤/ ٢٢٧: رواه ابن عدي في «الكامل» (٦/ ٤٤٠) ... عن الحكم =

على[1] أنَّ النَّصَّ عامٌّ قد خُصَّ عنه مَواضِعُ الضَّرورةِ بالإجماع، فإنَّه إذا كان به حِكَّةٌ: يَجوزُ لُبْسُ الحَرِيرِ، فيُخَصُّ المُتَنازَعُ فيه؛ لوُجود الضَّرورةِ الدَّاعيةِ إلى لُبسِه.

وله: أنَّ الضَّرورةَ اندَفعت بالمَخلوط، والمَرويُّ مَحمولٌ عليه أيضًا.

ولا بأس بالمُلْحَم إن كان سَداه إبريسَمًا، ولَحمَتُه قُطنًا أو خَزًّا؛ لأنه في الحَرب رُعبٌ في قُلوب الأَعادي.

الخَزُّ: اسمُ دابَّةٍ، ثم سُمِّي المُتَّخَذُ من وَبَره خَزًّا.

قَولُه: (لأنَّه في الحَرب رُعبٌ في قُلوب الأعادي).

فإن قيل: إنَّه مُباحٌ في الحَرب وغيرِه، فأيُّ فائِدةٍ في التَّقييد؟

قيل: المُسلِمُ مهما كان في دار الإسلامِ فهو في الحَرب؛ لأنَّ لهم أَعيانًا وأَعوانًا يَأتون دارَ الإسلامِ ليَطَّلِعوا على أحوالهم، فيَخافون منهم متى[2] كانوا مُعَظَّمين في أعيُنِهم، إلا أنَّه إذا كان في حَقيقة الحَربِ يَحتاجُ إلى أن يَكونَ مَهيبًا في قُلوبهم، ويَدفَعَ مَعَرَّةَ السِّلاحِ عن نَفسه، والذي لَحمَتُه حَريرٌ أَهيَبُ[3] وأدفَعُ، فأُبيحَ في تلك الحالة، وفي الحَرب الحُكمِيِّ يَحتاجُ إلى الرُّعب، لا إلى دَفع مَعَرَّةِ السِّلاحِ عن نَفسه، فاكتَفَينا بما كان لَحمَتُه قُطنًا.

=بن عمير -وكان من أصحاب النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- قال: رخص رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في لباس الحرير عند القتال.

(١) في (و): إلا.

(٢) في (و): حتى.

(٣) في (و): أرهب.

على أنَّه ذُكِر في بعض الرِّوايات: يُكرَه في غير الحَربِ ما كان مَخلوطًا مُطلَقًا، فكأنَّ المُصنِّفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ اختار ذلك، والله أعلم.

ولا يَجوزُ للرِّجال التَّحَلِّي بالذَّهب والفِضَّة؛ لأنه تشَبُّهٌ بالنِّساء، إلا الخاتَمَ، والمِنطَقَة، وحِليةَ السَّيفِ بالفِضَّة، رُوِي أن النبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كانت قَبيعةُ سَيفه فِضَّةً[1].

القَبيعةُ: ما كان على رَأس مَقبِضِ السَّيفِ من فِضَّةٍ أو غيرِها.

ويَجوزُ للنِّساء التَّحَلِّي بالذَّهَب والفِضَّة؛ لقوله عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ: «حِلٌّ لإناثهم»[2].

ويُكرَه أن يُكسى الصَّبيُّ الذَّهَبَ والحَريرَ؛ لإطلاق قوله عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ: «مُحَرَّمانِ على ذُكور أُمَّتي»[3].

قَولُه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «هما مُحَرَّمان على ذُكور أُمَّتي» أَثبَت الحُرمةَ في حَقِّ الذُّكورِ، وهو يَتناوَلُ الصِّغارَ والكِبارَ، ولَمّا حَرُمَ لُبسُه للذُّكور حَرُم الإلباسُ، كالخَمر لَمّا حَرُم شُربُه حَرُم سَقيُه.

ولا يَجوزُ الأَكل، والشُّرب، والادِّهان، والتَّطَيُّبُ.. في آنية الذَّهَبِ والفِضَّة، للرِّجال والنِّساء؛ لقوله عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ: «من شَرِب في إناء فِضَّةٍ فكأنما يُجَرْجِرُ في بَطنه نارَ[4] جَهَنَّم»[5].

(١) رواه أبو داود (٢٥٨٣)، والترمذي (١٦٩١)، والنسائي (٥٣٧٣).

(٢) تقدم تخريجه آنفًا.

(٣) تقدم تخريجه آنفًا.

(٤) ضبطت في (أ) بالضم والفتح، وكتب فوقها: معًا.

(٥) رواه البخاري (٥٦٣٤)، ومسلم (٢٠٦٥).

قال المُطَرِّزيُّ: «يُجَرجِرُ في بَطنه نارَ جهنَّمَ»: بنَصب الرَّاءِ[1]، أي يُرَدِّدُها، وأمّا ما في «الفِردَوسُ»[2] من رَفع النَّارِ وتَفسيرِ «يُجرجِرُ» بـ يُصوِّتُ: فليس بذلك.

والنَّصُّ وإن وَرَد في الشُّرب لكنّه يُثبِتُ الحُكمَ في غيره دَلالةً؛ لأنَّه في مَعناه، من حيث إنَّ المُحرَّمَ هو الاستِعمالُ والتَّشبُّهُ بزِيِّ المُشرِكين والجَبابِرةِ.

ولا بأس باستِعمال آنِيةِ الزُّجاجِ والبِلَّورِ والعَقيق؛ للإباحة[3] العامّة[4].

الزُّجاجُ يُشبِهُ الفِضّةَ من حيث الصَّفاءُ، غيرَ أنَّه يَحكي[5] ما في ضَميره[6]، والفِضّةُ لا تَحكي[7]، فربَّما يَشتَبِهُ على أحدٍ أنَّ استِعمالَه حَرامٌ كالفِضّة، فلهذا أَورَد وقال: (لا بأس).

قَولُه: (لإباحة العامَّةِ) يعني أنَّ المُسلِمين يُبيحونَ استِعمالَ هذه الأشياءِ، وما رَآه المُسلِمون حَسَنًا فهو عند اللهِ حَسَنٌ.

وفي بعض النُّسَخِ: (للإباحةِ العامّةِ)[8] كأنّه أشار إلى قَوله تعالى: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللَّهِ ٱلَّتِيٓ أَخْرَجَ لِعِبَادِهِۦ﴾ الآيةَ [الأعراف:٣٢].

(١) أي في (نار).

(٢) أي «الفردوس بمأثور الخطاب» للديلمي رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ، ولم أقف عليه فيه.

(٣) في سوى (د): لإباحة.

(٤) كما في الآية التي سيذكرها المصنف بعد قليل، وهي قوله تعالى: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللَّهِ ٱلَّتِيٓ أَخْرَجَ لِعِبَادِهِۦ﴾. وفي (د): (المطلقة) بدل (العامة).

(٥) في (و): يخلو.

(٦) أي يشف ما وراءه.

(٧) في (و): لا تخلو.

(٨) وهي موافقة للنسخة (د) من نسخ المتن.

ويَجوزُ الشُّربُ في الإناء المُفَضَّضِ، والرَّكوبُ على السَّرْج المُفَضَّض، والجُلوسُ على السَّرير المُفَضَّض، ويَتَّقي مَوضِعَ الفِضّة؛ لأنه لا يكون استِعمالًا للفِضّة، وهذا لقوله تعالى: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللَّهِ ٱلَّتِيٓ أَخْرَجَ لِعِبَادِهِۦ﴾ [الأعراف:٣٢].

(ويتَّقي مَوضِعَ[1] الفِضّةِ) مَعناهُ: يَتَّقي مَوضِعَ الفَمِ ومَوضِعَ اليَدِ في الأَخذ، ومَوضِعَ الجُلوس في السَّرير والسَّرجِ، وهذا فيما يَخلُصُ، فأمَّا التَّمويه[2] الذي لا يَخلُصُ: فلا بأس به.

ويُكرَه التَّعشيرُ في المُصحف والنَّقْطُ؛ لما رُوِي عن ابنِ مَسعودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: جَرِّدوا القُرآن[3].

ولا بأس بتَحلِيَة المُصحَف، ونَقْشِ المَسجِدِ وزَخرَفَتِه بماء الذَّهَب، لأنه تَعظيمٌ له، والأَفضَلُ تَرْكُه.

التَّعشيرُ: الفَصلُ بين عَشرِ آيِهِ[4] بعَلامةٍ.

في التَّعشير والنَّقطِ تَركُ التَّجريدِ المَأمورِ، فيُمنَعانِ.

وفي زَمانِنا: لا بُدَّ للعَجَم من دَلالةٍ، فيكونُ حَسَنًا.

---

(١) في (و): مواضع.

(٢) مَوَّه الشيء تمويهًا: طلاه بفضة أو ذهب وتحت ذلك نحاس أو حديد، ومنه التمويه: وهو التلبيس. «المختار» ص٣٠١.

(٣) رواه عبد الرزاق (٧٩٤٤)، وابن أبي شيبة (٨٥٤٧)، والنسائي في «الكبرى» (١٠٧٣٤)، والطبراني (٩٧٥٣)، ورواه الحاكم عن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ (٣٤٧).

(٤) في (هـ): بين عشراته، وفي (و): آيات.

ويُكرَهُ استِخدامُ الخِصيان؛ لأنه إغراءٌ على الخِصاء المَنْهِيّ(1).

خَصاهُ: نَزَع خُصيَتَيه، خِصاءً: على فِعالٍ، وإنَّه مَنهِيٌّ عنه؛ لأنَّه مُثلةٌ، ونَهانا عن المُثلةِ(2).

ولا بأس بخَصيِ البَهائِم؛ لأن النبيَّ عَلَيْهِ السَّلَامُ ضَحّى بكَبشَين أَملَحينِ مَوجوءَين(3).

الوَجْءُ: أن تُضرَبَ العُروقُ بحَديدةٍ وتُطعَنَ فيها، من غير إخراج البَيضَتَين، يقال: كَبشٌ مَوجوءٌ، إذا فُعِل به ذلك.

---

(1) روى البخاري (٥٠٧٣)، ومسلم (١٤٠٢): عن سعد بن أبي وقاص قال: رد رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ على عثمان بن مظعون التبتل، ولو أذن له لاختصينا. وروى الإمام أحمد (١٥٠٣٦) عن جابر بن عبد الله، قال: جاء شاب إلى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقال: أتأذن لي في الخصاء؟ فقال: «صم وسل الله من فضله». وروى أيضًا (٦٦١٢): عن عبد الله بن عمرو قال: جاء رجل إلى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: يا رسول الله، ائذن لي أن أختصي، فقال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «خصاء أمتي الصيام والقيام».

(2) روى البخاري (٤١٩٢) إثر حديث العرنيين: قال قتادة -راوي الحديث عن أنس-: بلغنا أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بعد ذلك كان يحث على الصدقة وينهى عن المثلة.

وروى أبو داود (٢٦٦٧) عن الهياج بن عمران: أن عمران أبق له غلام، فجعل لله عليه لئن قدر عليه ليقطعن يده، فأرسلني لأسأل، فأتيت سمرة بن جندب فسألته، فقال: كان نبي الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يحثنا على الصدقة وينهانا عن المثلة، وأتيت عمران بن حصين فسألته، فقال: كان رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يحثنا على الصدقة وينهانا عن المثلة.

(3) رواه أبو داود (٢٧٩٥)، ابن ماجه (٣١٢٢)، وبدون ذكر الوجاء رواه البخاري (٥٥٥٨)، ومسلم (١٩٦٦).

وكذلك إنزاءُ الحَميرِ على الخَيل؛ لأن النبيَّ عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ رَكِب البَغلةَ واقتَناها[1].

النَّزوُ: الوَثْبُ، يُقال: أنزاهُ فنَزَا.

اقتَنَيتُه: اتَّخَذتُه قُنيةً، أي أصلُ مالٍ للنَّسل لا للتِّجارة.

هذه الجُمَلُ من «المُغرِب».

ووَجهُ التَّمسُّك: ما ذُكِر في «الهِداية»: أنَّ هذا الفِعلَ لو كان حَرامًا لَمَا رَكِبه، ولَمَا ضَحَّاه؛ لِما فيه من فَتح بابِه[2]؛ إذ هو مُتَّبَعٌ لأُمَّته.

---

(١) روى البخاري (٢٨٦٤) ومسلم (١٧٧٦) عن أبي إسحاق: قال رجل للبراء بن عازب رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا: أفررتم عن رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يوم حنين؟ قال: لكن رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لم يفر، إن هوازن كانوا قومًا رماة، وإنا لما لقيناهم حملنا عليهم، فانهزموا، فأقبل المسلمون على الغنائم، واستقبلونا بالسهام، فأما رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فلم يفر، فلقد رأيته وإنه لعلى بغلته البيضاء، وإن أبا سفيان آخذ بلجامها، والنبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: «أنا النبي لا كذب، أنا ابن عبد المطلب».

وروى البخاري (٢٨٧٣) عن أبي إسحاق قال: سمعت عمرو بن الحارث قال: ما ترك النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلا بغلته البيضاء، وسلاحه، وأرضًا تركها صدقة.

(٢) أي لِما في ركوب البغلة من فتح باب إنزاء الحمير على الخيل. «البناية» ١٢/ ٢٤٣.

﴿فصل فيمن يقبل قوله وخبره ومن لا يقبل﴾

فصلٌ

ويَجوزُ أن يُقبَلَ في الهَدِيّة والإذنِ قَولُ العَبدِ والصَّبيّ؛ لأن النبيَّ عَلَيۡهِ ٱلسَّلَامُ كان يُجيبُ دَعوةَ المَملوك[١]، وقَبِل الهَدِيّةَ من سَلمانَ في حال رِقّه[٢].

يُقبَل قَولُ العَبدِ والصَّبيِّ في الهَدِيّة: لعُموم الضَّرورةِ الدَّاعيةِ إلى سقوط[٣] سائرِ[٤] الشَّرائِطِ، وهذا لأنَّ الهَدايا تُبعَث عادةً على أيدي هؤلاء، فلو لم يُقبَل خبَرُهما: يُؤدّي إلى الحَرَج.

وفي «المَبسوط»: الصَّبيُّ إذا أتى إلى بقَّالٍ[٥] بفُلوسٍ ليَشتَرِيَ منه شيئًا، وأخبرَ أنَّ أُمَّه أَمَرت بذلك.. فإن طَلَب الصَّابونَ ونحوَه: فلا بأسَ ببيعه، وإن طَلَب الزَّبيبَ وما

(١) رواه الترمذي (١٠١٧)، وابن ماجه (٢٢٩٦)، والحاكم (٣٧٣٤).

(٢) رواه الإمام أحمد (٢٢٩٩٧)، وابن حبان (٧١٢٤)، والحاكم (٢١٨٣).

(٣) في (هـ) و(و): إسقاط.

(٤) في (ز): هذه.

(٥) البقال: الذي يبيع البقل. «شمس العلوم» ١/ ٥٩١، وهو مستعمل إلى يومنا هذا فيمن يبيع حوائج البيوت من طعام ولوازم البيت وغير ذلك، وفي «معجم اللغة العربية المعاصرة» ١/ ١٧٣: بدال: بائع الأطعمة المحفوظة والسكر والصابون ونحوها والشائع بقال. وفيه أيضًا ١/ ٢٣٢: بقالة: مهنة بائع البقول والأغذية غير المطهية ونحوهما.

يَأكُلُه الصِّبيانُ: يَنبَغي أن لا يَبيعَه منه؛ لأنَّ الظّاهِرَ أنَّه كاذِبٌ فيما يَقولُ، وقد عَثَر على فُلوس أُمِّه يُريدُ أن يَشترِيَ بها حاجةَ نَفسِه.

وذَكَر في «الجامِع الصَّغيرِ»: إذا قالت جاريةٌ لرَجُلٍ: (بعثَني مَولايَ إليكَ هديةً): وَسِعه أن يَأخُذَها.

وكذا إذا قال العبدُ والصَّبيُّ: (إنَّ وَلِيَّنا أَذِن لنا في التِّجارة): يَجوزُ الاعتِمادُ على خَبَرهما، ويَحِلُّ الشِّراءُ منهما.

رُوِي أنَّ سَلمانَ رَضِيَ اللهُ عَنهُ كان من أهل الكِتابِ، فخَرَج طالِبًا لرسول اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ، وكان عَلِم أنَّ من مُعجِزات محمَّدٍ صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ أن يَقبلَ الهَدِيّةَ، ولا يَقبَلَ الصَّدقةَ، فأَهدَى فقَبِل، وتَصَدَّقَ فلم يَقبَل.

ويُقبَلُ في المُعامَلات قَولُ الفاسِقِ للضَّرورة.

ولا يُقبَلُ في أخبار الدِّياناتِ إلا قَولُ العَدل؛ لأنه لا ضَرورةَ فيه.

المُعامَلاتُ: كالوَكالات والمُضارَباتِ.

والإذنُ في التِّجارات والدِّيانات: كالإخبار بنَجاسة الماءِ وطَهارتِه، وحُرمةِ الطَّعامِ وحِلِّه، والشَّهادةِ بهلال رمضانَ، وأخبارِ النبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ.

حتى لو أَخبَر فاسِقٌ بنجاسة الماءِ: جاز أن يَتوضَّأ، بخِلاف العَدلِ.

ووَجهُ الفَرقِ[1]: أنَّ المُعامَلاتِ يَكثرُ وُجودُها، والعَدلُ لا يُوجَدُ في كلِّ مَوضِعٍ،

(١) بين المعاملات والديانات.

والدِّياناتِ لا يَكثُرُ وُجودُها حَسَب وُقوعِ[1] المُعاملات، فجاز أن يُشترَطَ فيها زيادةُ شَرطٍ، ولأنَّ الخبرَ في الدِّيانات مُلزِمٌ، بخِلاف المُعامَلات.

(١) في (هـ): وجود.

فصلٌ ﴿في أحكام النظر﴾

فصل

مَسائِلُ النَّظَرِ أربعةُ أقسامٍ:

نَظَرُ الرَّجُلِ إلى المَرأة، نَظَرُ الرَّجُلِ إلى الرَّجُل، نَظَرُ المَرأةِ إلى الرَّجُل، نَظَرُ المَرأةِ إلى المَرأة.

والقِسمُ الأوَّلُ أربعةُ أقسامٍ:

نَظَرُ الرَّجُلِ إلى زَوجَته، ومَملوكتِه، وإلى ذوات مَحارِمِه، وإلى إماء الغَيرِ، وإلى الحُرَّة الأجنبيَّةِ.

وهذه الأقسامُ مذكورةٌ في هذا الكِتاب.

لا يَجوزُ أن يَنظُرَ الرَّجُلُ من الأَجنَبِيّة إلا إلى وَجهها وكَفَّيها؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [النور:٣١]، قال ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: الكُحْلُ والخاتَم[1]، يعني مَوضِعَهُما.

قَولُه: (يعني مَوضِعَهُما) وهو الوَجهُ والكَفُّ.

---

(١) روى هذا التفسير الطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٧٢١٤)، والبيهقي (٣٢١٥) عن ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا. ورواه ابن أبي الدنيا في «النفقة على العيال» (٤٠٦) عن ابن جبير.

فإن كان لا يَأمَنُ الشَّهوةَ: لا يَنظُرُ إلى وَجهها وكَفَّيها إلا لحاجةٍ؛ لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «النَّظَرُ إلى مَحاسِن المَرأةِ سَهمٌ[1] من سِهام إبليسَ مَسمومةٍ»[2].

(إلا لحاجةٍ) بأن دُعِيَ إلى أداء الشَّهادةِ، أو كان حاكِمًا يَنظُرُ لتَوجيه الحُكمِ عليها، بإقرارها أو بالشَّهادة.

المَحاسِنُ: جَمعُ الحَسَنِ على غير قياسٍ.

ويَجوزُ للقاضي إذا أَراد أن يَحكُمَ عليها، وللشّاهد إذا أَراد الشَّهادةَ عليها: النَّظَرُ إلى وَجهها، وإن خاف أن يَشتَهِيَ؛ للضَّرورة.

قَولُه: (ويَجوزُ للقاضي) لبَيان الحاجةِ.

قَولُه: (للضَّرورة) أي الضَّرورةِ إلى إحياء حُقوقِ النَّاسِ، بواسطة القَضاءِ وأداءِ الشَّهادةِ، ولكن عند النَّظَرِ يَنبَغي أن يَقصِدَ أداءَ الشَّهادةِ والحُكمَ عليها، ولا يَقصِدَ قَضاءَ الشَّهوةِ؛ لأنَّه إن لم يُمكِنْه التَّحرُّزُ فِعلًا، فقد أمكن قَصدًا[3].

واختَلَفوا فيما إذا دُعِي[4] لتَحمُّل الشَّهادةِ[5]، والأَصَحُّ أنَّه لا يُباحُ ذلك[6]، كما

---

(١) في (ب): النظر إلى وجه الأجنبية سهم، وفي (ج): النظر إلى محاسن المرأة الأجنبية سهم.

(٢) هذه الرواية رواها الخرائطي في «اعتلال القلوب» (٢٧٤)، وأبو نعيم في «الحلية» ٦/ ١٠١، وروى الطبراني (١٠٣٦٢) والحاكم (٧٨٧٥) عن حذيفة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «النظرة سهم من سهام إبليس مسمومة، فمن تركها من خوف الله أثابه جل وعز إيمانًا يجد حلاوته في قلبه».

(٣) في الأصل زيادة هنا: وهذا كما قلنا في الكفار إذا تترسوا بصبيان المسلمين أو بالأسارى.

(٤) في (هـ) و(ز): ادعى.

(٥) أي في حال وجود غيره ممن يقوم مقامه، ولا مندوحة عنه لو تعين ذلك في حقه.

(٦) لأنه لا ضرورة عند التحمل، فقد يوجد من يتحمل الشهادة ولا يشتهي، بخلاف حالة=

في «المبسوط».

ويَجوزُ للطَّبيب أن يَنظُرَ إلى مَوضِع المَرَض منها.

قَولُه: (ويَجوزُ للطَّبيب...) إلى آخِره: هذا إذا لم يَقدِروا على امرأةٍ تَعلَمُ ذلك، ويَخافون أن تَهلَكَ أو يُصيبَها بَلاءٌ أو وَجَعٌ.

ويَنبَغي أن تَستُرَ كلَّ شيءٍ إلا مَوضِعَ تلك القُرحةِ، والطَّبيبُ يَغُضُّ بصَرَه ما استَطاع، إلا عن ذلك المَوضِعِ.

ويَنظُرُ الرَّجُلُ من الرَّجُل إلى جَميع بَدَنه؛ لأنه ليس بعَورةٍ، إلا ما بين سُرَّتِه إلى رُكبَته.

ويَجوزُ أن تَنظُرَ المَرأةُ من الرَّجل إلى ما يَنظُرُ الرَّجُلُ إليه منه؛ لأن أعضاءَ الرَّجُلِ ليس بعَورةٍ، إلا ما بين السُّرّةِ إلى الرُّكبة.

قَولُه: (إلى ما يَنظُرُ الرَّجُلُ إليه منه) الضَّميرُ في (إليه) يَرجِعُ إلى (ما)، والضَّميرُ في (منه) يَرجِعُ إلى (الرَّجُل).

قَولُه: (لأنَّ أَعضاءَ الرَّجُلِ ليست بعَورةٍ...) إلى آخِره: لقَوله صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ: «عَورةُ الرَّجُلِ ما دون سُرَّتِه حتى يُجاوِزَ[1] رُكبَتَيه[2]»[3]، وما لا يَكونُ عَورةً فالنَّظَرُ

=الأداء، فقد التزم هذه الأمانة بالتحمل، وهو متعين لأدائها. «المبسوط» ١٠/ ١٥٥.

(١) في (هـ): سرته إلى أن يجاوز.

(٢) في (ز): ركبته.

(٣) قال في «نصب الراية» ١/ ٢٩٦: فيه أحاديث: منها ما أخرجه الدارقطني في «سننه» (٨٨٧) عن سوار بن داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ: «مروا صبيانكم بالصلاة في سبع سنين، واضربوهم عليها في عشر، وفرقوا بينهم في المضاجع، وإذا زوج=

إليه مُباحٌ للرِّجال والنِّساء، كالثِّياب ونَحوِها.

وتَنظُرُ المَرأةُ من المَرأة ما يَجوزُ للرَّجُل أن يَنظُرَ إليه من الرَّجُل؛ لأن أعضاءَ النِّساءِ ليست بعَورةٍ في حَقِّ النِّساء، إلا ما بين السُّرَّةِ إلى الرُّكبة.

=أحدكم أمته عبده أو أجيره، فلا ينظر إلى ما دون السرة وفوق الركبة، فإن ما تحت السرة إلى الركبة من العورة».

ورواه أبو داود في «سننه» (٤٩٦)، لم يقل فيه: فإن ما تحت السرة إلى الركبة من العورة.

ورواه أحمد في «مسنده» (٦٧٥٦)، ولفظه: «فإن ما أسفل من سرته إلى ركبتيه من عورته)»، ورواه العقيلي في «ضعفائه» (٢/ ١٦٧) وليَّن سوار بن داود، قال صاحب «التنقيح» (٢/ ١١٠): وسوار بن داود أبو حمزة البصري وثقه ابن معين وابن حبان، وقال أحمد: شيخ بصري لا بأس به. انتهى، وله طريق آخر عند ابن عدي في «الكامل» (٣/ ٥٠٧) أخرجه عن الخليل بن مرة عن ليث بن أبي سليم عن عمرو بن شعيب به، ولين الخليل بن مرة، ونقل عن البخاري أنه قال: فيه نظر، قال ابن عدي: وهو ممن يكتب حديثه، فإنه ليس بمنكر الحديث. انتهى.

حديث آخر أخرجه الحاكم في «المستدرك» (٦٤١٨) في كتاب الفضائل عن أبي الأشعث أحمد بن المقدام ثنا أصرم بن حوشب ثنا إسحاق بن واصل الضبي عن أبي جعفر محمد بن علي بن الحسين، قال: قلنا لعبد الله بن جعفر بن أبي طالب: حدثنا بما سمعته من رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ولا تحدثنا عن غيرك وإن كان ثقة، قال: سمعت رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: «ما بين السرة والركبة عورة». مختصر، وسكت عنه، قال الذهبي في «مختصره»: أظنه موضوعًا، فإن إسحاق بن واصل متروك، وأصرم بن حوشب متهم بالكذب. انتهى.

حديث آخر أخرجه الدارقطني في «سننه» (٨٩٠) عن سعيد بن راشد عن عباد بن كثير عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار عن أبي أيوب قال: سمعت النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: «ما فوق الركبتين من العورة، وما أسفل السرة من العورة». انتهى.

وقال في «نصب الراية» ١/ ٢٩٧ أيضًا: قوله: يروى: «ما دون سرته حتى يجاوز ركبتيه»: غريب. انتهى، وقال في «الدراية» ١/ ١٢٢: لم أجده، لكن سيجيء في الذي بعده بعضه. انتهى، وهو قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الركبة من العورة»..

ويَنظُرُ الرَّجُلُ من أَمَته التي تَحِلُّ له وزَوجَتِه إلى كُلِّ شيءٍ، لقوله تعالى: ﴿إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾ [المؤمنون:٦].

قَولُه تعالى: ﴿إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ﴾: أي زَوجاتِهم.

﴿أَوْ مَا[1] مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ﴾: أي إماؤُهم.

والعَينُ في الحُرمة تَبَعُ الفَرْج، فلَمّا لم تَحرُم على الفَرج فعَلى العَينِ أَولى أن لا تَحرُمَ، إلا أن الأَولى أن لا يَنظُرَ؛ لأن فيه تَركَ الأدب.

(والعَينُ في الحُرمة تبَعُ الفَرجِ) لأنَّ حُرمةَ الفَرْجِ أقوى، إلا أنَّ الأَولى أن لا يَنظُرَ؛ لأنَّ النَّظَرَ إلى العَورة يُورِثُ النِّسيانَ.

وفي شَمائِل الصِّدّيقِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أنه ما نَظَر إلى عَورَته[2] قَطُّ، وما مَسَّها بيَمينه[3]، فإذا كان هذا في عَورة نَفسِه فما ظَنُّك في عَورة غَيرِه؟!

وكان ابنُ عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا يقولُ: الأَولى أن يَنظُرَ[4]؛ ليَكونَ أبلَغَ في تَحصيل اللَّذّةِ[5].

ويَنظُرُ الرَّجُلُ من ذَوات مَحارِمه إلى الوَجه، والرَّأس، والصَّدر، والساقَين،

(١) في الأصول: وما.

(٢) في (و): عورة.

(٣) لم أقف عليه، وذكره من أئمتنا: السرخسي في «المبسوط» ١٠/ ١٤٩.

(٤) أي إلى فرج امرأته وأمته.

(٥) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢٤٨: غريب جدًا. وقال في «الدراية» ٢/ ٢٢٩: لم أجده. وقال العيني في «البناية» ١٢/ ١٥٢: هذا لم يثبت عن ابن عمر أصلًا، لا بسند صحيح ول ابسند ضعيف.

والعَضُدَين؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ﴾ [النور:٣١] الآيةَ، وهذه الأعضاءُ مواضِعُ الزِّينة.

﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ﴾ لم يُرِد نَفسَها؛ لأنَّها مما يَراها الأجانِبُ، ولكنَّ المُرادَ مَواضِعُ الزِّينةِ، وهو الرَّأسُ؛ فإنَّه مَوضِعُ التَّاجِ، والشَّعرُ، فهو مَوضِعُ العِقاصِ[١]، والوَجهُ، فهو مَوضِعُ الكُحلِ، والأُذُنُ[٢]، فهو مَوضِعُ القُرْطِ[٣]، والعُنُقُ، فهو مَوضِعُ القِلادةِ، والصَّدرُ كذلك؛ فإنَّ القِلادةَ تَنتَهي إليه، والعَضُدُ، فهو مَوضِعُ الدُّملوجِ[٤]، والسَّاعِدُ، فهو مَوضِعُ السِّوارِ، والكَفُّ، فهو مَوضِعُ الخاتَمِ، والقَدَمُ، فهو مَوضِعُ الخِضابِ[٥]، والسَّاقُ، فهو مَوضِعُ الخِلخالِ[٦]، كذا في «المَبسوط».

وهذا مَعنى قَولِه: (وهذه الأعضاءُ مَواضِعُ الزِّينةِ) أي المُرادُ من النَّصِّ مَواضِعُ الزِّينةِ، وهذه الأعضاءُ مَواضِعُها.

ولا يَنظُرُ إلى ظَهرِها وبَطنِها.

(١) في (ز): القصاص، ونسخة: العقاص. والعقيصة للمرأة: الشعر الذي يُلوى ويُدخل أطرافه في أصوله، والجمع عقائص وعِقاص، والعِقصة مثلُها، والجمع عِقَص مثل سدرة وسدر، وعقصت المرأة شعرها عقصًا -من باب ضرب-: فعلت به ذلك، وعقصته: ضَفَرته. «المصباح» ٢/ ٤٢٢.

(٢) في (و): والآذان.

(٣) القرط: ما يعلق في شحمة الأذن، والجمع أقرطة وقِرَطة وِزان عِنَبة. «المصباح» ٢/ ٤٩٨.

(٤) من حلي المِعضد. «المغرب» ص١٦٨.

(٥) الخضاب: ما يخضب به، أي يلون به، وإذا أطلق دل على خضاب اللحية بالنسبة إلى الرجل، وعلى خضاب اليدين بالنسبة إلى المرأة، ويقال: خضب شيبه: إذا كان بالحناء، وإذا كان بغيره قيل: صبغ شعره. «التعريفات الفقهية» ص٨٧.

(٦) الخلخال: ما يجعل في الرجل. «طلبة الطلبة» ص٧٢.

ولا بأس بأن يَمَسَّ ما جاز أن يَنظُرَ إليه منها للضَّرورة.

(ولا يَنظُرُ إلى ظَهرها وبَطنِها) لأنَّ الظِّهارَ يَثبُتُ بتَشبيه المَنكوحةِ إلى ظَهر الأُمِّ وبَطنِها، والظِّهارُ ليس إلا تَشبيهَ المُحلَّلةِ بالمُحرَّمة، فلو كان النَّظَرُ إلى ظَهر الأُمِّ وبَطنِها حَلالًا: لكان هذا تَشبيهَ المُحلَّلةِ بالمُحلَّلة، فلا يَكونُ ظِهارًا.

والمَحرَمُ: من لا يَجوزُ المُناكَحةُ بينَه وبينَها على التَّأبيد، بنَسَبٍ كان أو بسَبَبٍ، كالرَّضاع، والمُصاهَرةِ بنكاحٍ أو سِفاحٍ.

قَولُه: (للضَّرورة) لأنَّه يُحتاجُ إلى ذلك في المُسافِرة وغيرِها.

ويَنظُرُ الرَّجُلُ إلى مَملوكة غيرِه إلى ما يَجوزُ أن يَنظُرَ من ذَوات مَحارِمه.

قَولُه: (مَملوكةِ غيرِه) يَنتَظِمُ المُدبَّرةَ، والمُكاتَبةَ، وأُمَّ الوَلَدِ، والمُستَسعاةَ.

ولا بأس بأن يَمَسَّ ما يَجوزُ النَّظرُ إليه منها إذا أراد الشِّراءَ، وإن خاف أن يَشتهيَ؛ لما رُوِيَ عن عبد الله بنِ عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أنه مَرَّ على جاريةٍ تُباع، فضَرَب بيَدِه على صَدرها وقال: اشتَروها فإنها رَخيصةٌ[1]، ورأى عمرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ جاريةً مُتَقَنِّعةً فقال:

(١) لم أقف عليه، وذكره من أئمتنا السرخسي في «المبسوط» ١٠/ ١٥١.

وروى ابن أبي شيبة (٢٠٢٤٠) عن مجاهد قال: كنت مع ابن عمر أمشي في السوق، فإذا نحن بناس من النخاسين قد اجتمعوا على جارية يقلبونها، فلما رأوا ابن عمر تنحوا وقالوا: ابن عمر قد جاء، فدنا منها ابن عمر فلمس شيئًا من جسدها، وقال: أين أصحاب هذه الجارية، إنما هي سلعة.

وروى الدولابي في «الكنى» (٥٤١) عن جعفر بن ربيعة: أن أبي إسحاق سعد بن وفد من موالي أبي جهيم بن عدي بن كعب أخبره: أنه دخل على أبي الزناد وهو يكشف على رِجل وليدة قال: فقال لي: تعال انظر إلى ما ههنا، قال: فكرهت ذلك، فقال لي أبو الزناد: إنه ليس بذلك بأس، كان عبد الله بن عمر يقول: إنما هي سلعة من السلع.

أَلقي عنكِ الخِمار يا دَفارِ! أتتشَبَّهينَ بالحَرائر[1]؟!

والخَصِيُّ في النَّظَر إلى الأجنبيّة كالفَحل؛ لعُموم النَّصِّ[2].

ولا يَجوزُ للمَملوك أن يَنظُرَ من سيِّدَته إلا إلى ما يَجوزُ للأجنبيِّ النَّظَرُ إليه منها؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ﴾، وليست السَّيِّدةُ زَوجةً للعبد، ولا مَملوكةً له.

ويَعزِلُ عن أَمته بغير إذنِها.

ولا يَعزِلُ عن زَوجته إلا بإذنها.

قَولُه: (وإن خاف أن يَشتهيَ) هكذا ذَكَره في «المُختَصَر»، ومَشايخُنا رَحِمَهُمُ اللَّهُ قالوا: يُباحُ النَّظَرُ في هذه الحالة وإن اشتهى؛ للضَّرورة، ولا يُباحُ المَسُّ إذا اشتهى، وفي غير حالةِ الشِّراءِ يُباحُ النَّظَرُ والمَسُّ، بشَرط عَدَمِ الشَّهوةِ.

والتَّمسُّكُ بأثر ابنِ عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا مُشكِلٌ؛ فإنَّ الظَّاهِرَ أنَّ مَسَّه بدون الشَّهوةِ، ويَحتَمِلُ أن يكونَ التَّمسُّكُ به للمَسألة الأُولى، وهو أنَّ مَملوكةَ الغَيرِ في النَّظَر كذَوات المَحارِمِ؛ لأنَّه لَمّا أُبيحَ مَسُّ الصَّدرِ فلأن يُباحَ مَسُّ الرَّأس والوَجهِ والعَضُدِ والسَّاقِ.. أَولى، ولَمّا أُبيحَ المَسُّ -وهو أقوى- لَأن يُباحَ النَّظَرُ -وهو أَدنى- أَولى.

---

(١) قال في «الدراية» ١/ ١٣٤: لم أره بهذا اللفظ، والمعروف عن عمر أنه ضرب أمة رآها مقنعة، وقال اكشفي رأسك ولا تتشبهي بالحرائر، أخرجه عبد الرزاق (٥٠٦٤) بإسناد صحيح، وعن عبد الرزاق (٥٠٥٩) أن عمر ضرب عقيلة أمةَ أبي موسى في الجلباب أن تتجلبب، قال البيهقي: الآثار عن عمر بذلك صحيحة.

(٢) وهو قوله تعالى: : ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ الآية، وقوله سبحانه: ﴿قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّواْ مِنْ أَبْصَٰرِهِمْ﴾.

ويَحتَمِلُ أن يكونَ التَّمَسُّكُ به لهذه المَسألةِ التي تَليه، وبيَانُه: أنَّه لَمّا ثَبَت إباحةُ المَسِّ لا عن شَهوةٍ إذا لم يُرِد الشِّراءَ: يَثبُتُ إباحةُ المَسِّ عن شَهوةٍ إذا أراد الشِّراءَ؛ للضَّرورة؛ لأنَّه يَحتاجُ إلى المَسِّ ليَعرِف به لِينَ بَشَرتِها، فيَرغَبَ في شِرائها.

فصلٌ ﴿في الاحتكار والتسعير﴾

فصلٌ

ويُكرَهُ الاحتِكارُ في أَقوات الآدميِّينَ والبَهائمِ إذا كان في بَلَدٍ يَضُرُّ الاحتِكارُ بأَهله؛ لقوله عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ: «المُحتكِرُ مَلعونٌ»[1]، فأما إذا كان لا يَضُرُّ بأهله: فإنه لا يُكره.

الاحتِكارُ: حَبسُ الطَّعامِ للغَلاء.

والأَقواتُ: كالحِنطة، والشَّعيرِ، والتِّبنِ، والقتِّ[2].

والتَّخصيصُ بالأَقوات قَولُ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وقال أبو يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: كُلُّ ما أَضَرَّ بعامّة المُسلِمين حَبسُه فهو احتِكارٌ[3].

قَولُه: (إذا كان في بَلَدٍ يَضُرُّ الاحتِكارُ بأهله) بأن كانت البَلدةُ صَغيرةً، فأمّا إذا كانت كَبيرةً: فلا بأس به.

---

(١) رواه ابن ماجه (٢١٥٣)، والدارمي (٢٥٨٦)، والحاكم (٢١٦٤).

(٢) في (هـ) و(ز): والعنب. والقَتُّ: الفِصفِصة إذا يبست. وقال الأزهري: القت حب بري، لا ينبته الآدمي، فإذا كان عام قحط وفقد أهل البادية ما يقتاتون به من لبن وتمر ونحوه دقوه وطبخوه، واجترؤوا به على ما فيه من الخشونة. «المصباح» ٢/ ٤٨٩.

(٣) ومما يدخل فيه اليوم الوقود بأنواعه، فإنه أضحى مادة العيش الأصلية.

ومَن احتكَر غَلّةَ ضَيعتَه أو ما جَلَبه من بَلَدٍ آخَر: فليس بمُحتكِرٍ؛ لأنه لا يَستَضِرُّ به الناسُ، ولم يَتعَلَّق به حُقوقُهم.

قَولُه: (فليس بمُحتكِرٍ) أي شَرعًا، حتى لا يَستَحِقُّ اللَّعنَ، كقَوله: دمُ السَّمَكِ ليس بشيءٍ[1].

ولا يَنبغي للسُّلطان أن يُسعِّرَ على النّاس، فإن النبيَّ عَلَيۡهِٱلسَّلَامُ قيل له: ألا تُسعِّر؟ فقال: «المُسَعِّرُ هو الله»[2].

ويُكرَهُ بيعُ السِّلاحِ في أَيّام الفِتنة؛ لأنه تَقويةٌ على الفِتنة.

قَولُه: (ويُكرَه بَيعُ السِّلاحِ في أيّام الفِتنةِ) مَعناهُ: مّمن يُعرَف أنَّه من أهل الفِتنةِ، كالخَوارج والبُغاةِ؛ لأنَّه تَقوِيةٌ على الفِتنة، وإنَّه حَرامٌ، قال صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ: «الفِتنةُ نائِمةٌ، لَعَن اللهُ من أيقَظها»[3].

ولا بأس ببَيع العَصيرِ ممن يَعلَمُ أنه يتَّخِذُه خَمرًا؛ لأنه يَصلُحُ لأمورٍ شَتّى سِوى الخَمْر، فيُضافُ الفَسادُ إلى اختِياره.

وهذا بخِلاف بَيعِ العَصيرِ ممّن يَعلَمُ أنَّه يَتَّخِذُه خمرًا؛ لأنَّ المَعصِيةَ هناك لا تُقامُ بعينه، بل بعد تَغيُّرِه، وههنا تُقامُ بعَينه بدون تَغيُّرِه، حتى لا يُكرَهُ بَيعُ ما لا يُقابَل به إلا

---

(١) أي ليس بشيء معتبر شرعًا من حيث النجاسة، وإلا فهو شيء له أحكام الشيء. وفي (ز): ليس بدم. والمعنى نفسه.

(٢) رواه بلفظ: «إن الله هو المسعر»: أبو داود (٣٤٥١)، والترمذي (١٣١٤)، وابن ماجه (٢٢٠٠)، وانظر «نصب الراية» ٤/ ٢٦٢.

(٣) رواه الرافعي في «التدوين» ١/ ٢٩١.

بصَنعةٍ، فيُضافُ الفَسادُ إلى اختياره، وهو اتِّخاذُه خَمرًا[1].

(١) خلاصة مسألة بيع العصير ممن يتخذه خمرًا، وما شابهها من مسائل:

تحصل من مذهب الحنفية أن بيع الخمر ممن يتخذه خمرًا مكروه على مذهب الصاحبين جائز عند الإمام، ولكن هذا الجواز بشروط: إذا لم يكن لمسلم، إذا لم يتيقن بأنه سيجعله خمرًا، إذا لم تقم المعصية بعينه.

فإذا فقدت هذه الشروط فهو مكروه أو محرم.

وهذا كله إذا كان فسقًا عمليًّا، أما إذا كان اعتقاديًّا كالبدع المضللة فيأخذ حكمها، ويشارك صاحبها ببدعته سواء كانت مفسقة أو مكفرة..

قال في «مجمع الأنهر» ٢/ ٥٤٨: (ويجوز بيع العصير) أي عصير العنب (ممن) يعلم أنه (يتخذه خمرا) لأن المعصية لا تقوم بنفس العصير، بل بعد تغيره، فصار عند العقد كسائر الأشربة من عمل ونحوه، بخلاف بيع السلاح من أهل الفتنة؛ لأن المعصية تقوم بعينه. انتهى.

إذن فما كانت المعصية قائمة بعينه كمسألتنا لا يجوز.

وقال في «الدر المختار» ص٦٦١: (و) جاز (بيع عصير) عنب (ممن) يعلم أنه (يتخذه خمرًا) لأن المعصية لا تقوم بعينه بل بعد تغيره، وقيل يكره لإعانته على المعصية، ونقل المصنف عن «السراج» و«المشكلات» أن قوله (ممن) أي من كافر، أما بيعه من المسلم فيكره، ومثله في «الجوهرة» والباقاني وغيرهما، زاد القهستاني معزيًّا لـ «الخانية»: أنه يكره بالاتفاق.

وعليه فالكراهة بالاتفاق من المسلم فيما لم تكن المعصية في ذاته، وأما مسألتنا فهي محرمة من باب أولى.

وقال في «رد المحتار» ٦/ ٣٩١: قوله: (وجاز) أي عنده لا عندهما، بيع عصير عنب أي معصوره المستخرج منه، فلا يكره بيع العنب والكرم منه بلا خلاف، كما في «المحيط»، لكن في بيع «الخزانة» أن بيع العنب على الخلاف. قهستاني.

قوله: (ممن يعلم) فيه إشارة إلى أنه لو لم يعلم لم يكره بلا خلاف. قهستاني.

قوله: (لا تقوم بعينه... إلخ) يؤخذ منه أن المراد بما لا تقوم المعصية بعينه ما يحدث له بعد البيع وصف آخر يكون فيه قيام المعصية، وأن ما تقوم المعصية بعينه ما توجد فيه على وصفه الموجود=

اللَّقيطُ واللُّقَطةُ والإباقُ من جنس المَسائِلِ الاستِحسانيّةِ؛ لأنَّ فيها تَركَ القِياسِ الظَّاهِرِ؛ إذ التَّعرُّضُ لمال الغَيرِ ووَلَدِه لا يَجوزُ قِياسًا، إلا أنَّ هذا لَمّا تَضمَّن إحياءَ مالِه ووَلَدِه: صار حَسَنًا.

=حالة البيع، كالأمرد والسلاح، ويأتي تمام الكلام عليه. انتهى.

وقال أيضًا ٦/ ٣٩٢: وبيع المكعب المفضض للرجل إن ليلبسه يكره، لأنه إعانة على لبس الحرام، وإن كان إسكافًا أمره إنسان أن يتخذ له خفًا على زي المجوس أو الفسقة، أو خياطًا أمره أن يتخذ له ثوبًا على زي الفساق: يكره له أن يفعل؛ لأنه سبب التشبه بالمجوس والفسقة. انتهى.

كتابُ اللَّقيط

كتابُ اللَّقيطِ

اللَّقيطُ: ما يُلقَط -أي يُرفَع- من الأرض، سُمِّي به باعتِبار مآلِه، وتَفاؤُلًا لاستِصلاح حالِه.

وفي الشَّرع: اسمٌ لحَيٍّ مَوجودٍ، يَطرَحُه أهلُه؛ خَوفًا عن العَيلة، أو فِرارًا عن تُهَمة الزِّنية، مُضيِّعُه آثِمٌ، ومُحرِزُه غانِمٌ؛ لِما في إحرازه من إحياء النَّفسِ؛ لأنَّ إحياءَ الحَيِّ بدَفع سَبَبِ الهَلاكِ عنه، ولهذا كان رَفعُه أفضَلَ من تَركه.

اللَّقيطُ حُرٌّ، ونفَقَتُه من بيت المال، كذا رُوِي عن عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ[1].

(١) روى البخاري تعليقًا ٣/ ١٧٦: قال أبو جميلة: وجدت منبوذًا فلما رآني عمر قال: عسى الغوير أبؤسًا، كأنه يتهمني، قال عريفي: إنه رجل صالح، قال: كذاك، اذهب وعلينا نفقته.

ورواه الإمام مالك أبسط من هذا ٢/ ٧٣٨ عن ابن شهاب، عن سنين أبي جميلة رجل من بني سليم، أنه وجد منبوذًا في زمان عمر بن الخطاب، قال: فجئت به إلى عمر بن الخطاب فقال: ما حملك على أخذ هذه النسمة؟ فقال: وجدتها ضائعةً فأخذتها، فقال له عريفه: يا أمير المؤمنين إنه رجل صالح، فقال له عمر: أكذلك؟ قال: نعم، فقال عمر بن الخطاب: اذهب فهو حر، ولك ولاؤه، وعلينا نفقته.

وروى عبد الرزاق (١٣٨٣٨) والطبراني (٦٤٩٨) عن الزهري: أن رجلًا جاء إلى أهله، وقد التقط منبوذًا، فذهب إلى عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فذكره له، فقال عمر: عسى الغوير أبؤسًا، فقال الرجل: ما=

(اللَّقيطُ حُرٌّ) إمّا باعتِبار الدّارِ؛ لأنَّ الدّارَ دارُ الأحرارِ، فمن كان فيه فهو حُرٌّ؛ باعتِبار الظّاهِرِ.

أو باعتِبار الأصلِ؛ لأنَّ النّاسَ أولادُ آدمَ وحوّاءَ عَلَيْهِمَاٱلسَّلَامُ، وكانا حُرَّينِ.

رُوِي أنَّ رَجُلًا قال: وَجدتُ مَنبوذًا على بابي، فأتَيتُ به عمرَ بنَ الخَطّابِ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ فقال: عسى الغُوَيرُ أبؤُسًا[1]! وهو حَرٌّ، ونَفقَتُه علينا.

فإن التَقَطَه رَجُلٌ: لم يكن لغيره أن يَأْخُذَه من يده؛ لأنه اختَصَّ به يَدًا بالسَّبْق.

قَولُه: (لأنه اختَصَّ به يَدًا بالسَّبق) لأنَّ يدَه حين ثَبَتت ثَبَتت بلا مُعارِضٍ، ويَدُ الثّاني لو ثَبَتت ثَبَتت مع المُعارِض.

وإن ادَّعى مُدَّعٍ أنه ابنُه: فالقول له؛ لأن الظّاهرَ هو الصِّدقُ.

(فإن ادَّعى مُدَّعٍ أنه ابنُه...) مَعناهُ: أنه إذا لم يَدَّعِ المُلتَقِطُ نَسبَه.

قَولُه: (لأنَّ الظّاهِرَ هو الصِّدقُ) لأنَّ الكَذِبَ من أمارات النِّفاقِ، على ما جاء في الحَديث[2].

=التقط إلا وأنا غائب، وسأل عنه عمر رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ، فأثني عليه خيرًا، فقال له عمر رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ: فولاؤه لك، ونفقته علينا من بيت المال.

(١) في «إرشاد الساري» ٤/ ٣٩٩: عسى الغوير أن يكون أبؤسًا: وهو مثل مشهور يقال فيما ظاهره السلامة ويخشى منه العطب، وأصله كما قال الأصمعي: أن ناسًا دخلوا يبيتون في غار، فانهار عليهم فقتلهم، وقيل: أول من تكلم به الزبّاء -بفتح الزاي وتشديد الموحدة ممدودًا- لما عدل قصير بالأحمال عن الطريق المألوفة وأخذ على الغوير أبؤسًا، أي عساه أن يأتي بالبأس والشر، وأراد عمر بالمثل: لعلك زنيت بأمه وادّعيته لقيطًا، قاله ابن الأثير.

(٢) روى البخاري (٣٤) ومسلم (٥٨) عن عبد الله بن عمرو: أن النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ قال:=

فإن ادَّعاه اثنانِ ووَصَفَ أحدُهما عَلامةً في جَسَده: فهو أَولى به؛ لأنه يَغلِبُ على الظَّنِّ أنه هو الوالِدُ.

العَلامةُ أصلٌ في الشَّريعة، كما في قَوله تعالى: ﴿إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ﴾ [يُوسُف:٢٦] ، وإذا اختَلَط مَوتى المُسلِمين بمَوتى الكُفَّارِ: يُعتبَر الزِّيُّ والعَلامةُ للفَصل.

والأَصلُ فيه: قَولُه تعالى: ﴿تَعْرِفُهُم بِسِيمَٰهُمْ﴾ [البَقَرَة:٢٧٣].

وإذا وُجِد في مِصرٍ من أَمصار المُسلمين، أو في قَريةٍ من قُراهم، فادَّعى ذِمِّيٌّ[(١)] أنه ابنُه: ثَبَت نسَبُه، وكان مُسلِمًا تَبَعًا للدّار، وفي روايةٍ: يكون ذِمّيًّا تَبَعًا للواجِد، وفي رواية: الإسلامُ يُرجَّح.

قَولُه: (تبَعًا للدَّار) ظاهِرُ ما ذُكِر في «المَبسوط» يَدُلُّ على أنَّ المُرادَ منه[(٢)] المَكانُ؛ لجَواز أن يَجِدَه ذِمّيٌّ في بِيعةٍ أو في مِصر المُسلمين.

وحاصِلُه:

إن وَجَده مُسلِمٌ في مكان المُسلمين -كالمَسجِد-: يكونُ مُسلِمًا.

وإن وَجَده كافِرٌ في مكان أهل الكُفرِ -كالبِيعة-: يكونُ كافِرًا.

وإن وَجَده كافِرٌ في مكان المُسلِمين، أو مُسلِمٌ في مكان الكُفّارِ: فقد اختَلَفت

=«أربع من كن فيه كان منافقًا خالصًا، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها: إذا اؤتمن خان، وإذا حدث كذب، وإذا عاهد غدر، وإذا خاصم فجر».

(١) سقطت من (ب).

(٢) في (ز): منها.

الرِّوايةُ(١) فيه..

في رِوايةٍ: العِبرةُ للمَكان في الفَصلَين.

وفي رِوايةٍ: العِبرةُ للواجِد في الفَصلَين.

وفي رِوايةٍ: أيُّهما كان مُوجِبًا لإسلامه يُعتبَرُ ذلك، كما في المَولود بين المُسلِمِ والكافِرِ.

وهذا مَعنى قَولِه: (وفي روايةٍ: الإسلامُ يُرجَّحُ).

قَولُه: (تَبَعًا للواجِد) فإن قيل: الوالِدُ أَقوى من الواجِد، فكيف يَصِحُّ جَعلُه تَبَعًا لِما هو الأدنى، مع وُجود ما هو الأقوى؟

قيل: إنه أراد بالواجِد الوالِدَ، لكنَّه سَمّاه واجِدًا: لِمَا أنَّ نَسبَه لم يَثبُت بحُجّةٍ، وإنَّما يَثبُتُ باعتِبار الظَّاهِرِ، أو لأنَّه لَمّا ثَبَت أنَّ تَبعيّةَ الواجِدِ أَولى من غيره: تَثبُتُ أَولوِيّةُ تَبعيّةِ الوالِدِ دَلالةً.

وإن وُجِد في قَريةٍ من قُرى أهلِ الذِّمّةِ، أو كَنيسةٍ: كان ذِمِّيًّا باعتِبار الواجِدِ والمَحَلِّ جَميعًا.

قَولُه: (اعتِبارًا للواجِد والمَحَلِّ جَميعًا) في هذا اللَّفظِ إشارةٌ إلى أنَّ الواجِدَ ذِمّيٌّ، حتى لو كان الواجِدُ مُسلِمًا: ففيه اختِلافُ الرِّوايات(٢).

---

(١) في (و): الروايات.

(٢) قال في «الهداية» ٢/ ٤١٥: وإن كان الواجد مسلمًا في هذا المكان أو ذميًا في مكان المسلمين: اختلفت الرواية فيه، ففي رواية كتاب اللقيط: اعتبر المكان؛ لسبقه، وفي كتاب الدعوى في بعض النسخ: اعتبر الواجد، وهو رواية ابن سماعة عن محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لقوة اليد، ألا ترى أن تبعية=

ومن ادَّعى أن اللَّقيطَ عبدُه: لم يُقبَل منه؛ لأنه حُرٌّ بالأصل.

وإن ادَّعى عبدٌ أنه ابنُه: ثَبَت نَسَبُه منه، وكان حُرًّا؛ لأنه صادِقٌ ظاهِرًا، ولا تَبطُلُ حُرِّيَّتُه بهذا الظّاهر؛ لأن[1] ابنَ العَبدِ لا يَكونُ عَبدًا لا مَحالةَ؛ لأن الوَلَدَ يَتبَعُ الأُمَّ في الرِّقِّ والحُرِّية.

(ولا تَبطُلُ حُرِّيَّتُه بهذا الظَّاهِر) أي اللَّقيطُ حُرٌّ بالأثر[2]، أو باعتبار الدَّارِ، أو باعتبار الأصلِ، والمُدَّعي إنَّما صُدِّق في دَعواه باعتِبار أنَّ الظَّاهِرَ هو الصِّدقُ، فلا تَبطُلُ الحُرِّيَّةُ الثَّابِتةُ بهذه الدَّلائِلِ بهذا الظَّاهِرِ.

وإن وُجِد مع اللَّقيطِ مالٌ مَشدودٌ عليه: فهو له بشَهادة الظّاهر.

قَولُه: (بشَهادة الظَّاهِرِ) لأنَّه في يَده، وهو من أهل المِلكِ؛ لأنَّه حُرٌّ، فيكونُ ما في يَده له؛ لسَبق يَدِه.

ولا يَجوزُ تَزويجُ المُلتَقِطِ ولا تَصَرُّفُه في مال اللَّقيط؛ لعدَم الوِلاية.

(لعَدَم الوِلايةِ) لانعِدام سَبَبِها من القَرابة، والمِلكِ، والسَّلطنةِ، وإنَّما له حَقُّ الحِفظِ والتَّربيةِ، وبهذا لا تَثبُتُ الوِلايةُ؛ لانعِدام سَبَبِها[3].

ويَجوزُ أن يَقبِضَ له الهِبةَ، ويُسَلِّمَه في صناعةٍ، ويؤاجِرَه؛ لأنها تَصَرُّفاتٌ نافِعةٌ مَحْضةٌ.

=الأبوين فوق تبعية الدار، حتى إذا سبي مع الصغير أحدهما يعتبر كافرًا، وفي بعض نسخه: اعتبر الإسلام نظرًا للصغير. انتهى، وانظر «البناية» ٧/ ٣١٨.

(١) في (ب): ولأن.

(٢) تقدم تخريجه في المتن.

(٣) قوله: (لانعدام سببها) مثبت من (و).

قَولُه: (ويُؤاجِرَه) هذا رِوايةُ «المُختَصَرِ»، وفي رواية «الجامِعِ الصَّغيرِ»: لا يَجوزُ أن يُؤاجِرَه، كذا في «الهِدايةِ»[1]، واللهُ أعلَمُ.

(١) قال في «الهداية» ٢/ ٤١٦: قال: ويؤاجره، قال العبد الضعيف: وهذا رواية القدوري في «مختصره»، وفي «الجامع الصغير»: لا يجوز أن يؤاجره، ذكره في الكراهية، وهو الأصح، وجه الأول: أنه يرجع إلى تثقيفه، ووجه الثاني: أنه لا يملك إتلاف منافعه، فأشبه العم، بخلاف الأم؛ لأنها تملكه.

كتاب اللُّقَطة

كتاب اللُّقَطة

اللَّقيطُ: في الآدميِّ، واللُّقَطةُ: في غيره.

وقَدَّم الأوَّلَ على الثَّاني: لِما أنَّ المالَ وِقايةُ الأنفُسِ، فكان تَبَعًا لها.

والقِياسُ أن يُقالَ: لُقْطةٌ بالسُّكون؛ لأنَّ الفُعَلةَ للفاعِلِ، والفُعْلةَ للمَفعول، وإنَّما قيل بالتَّحريك: لِمَا أنَّه جَعَله كالدَّاعي إلى الالتِقاط.

اللُّقَطَةُ أَمانةٌ في يد الملتقِطِ إذا أَشهَدَ المُلتَقِطُ أنه يَأخُذُها ليَحفَظَها ويَرَدَّها على صاحِبِها.

فإن هَلَكَ في يده: لم يَضمَن؛ لأنه مُحسِنٌ، وما على المُحسِنينَ من سَبيل.

الإشهادُ أن يَقولَ: مَن سَمِعتُموه يَنشُدُ لُقَطةً فدُلُّوه عليَّ.

اعلَم أنَّ ما يَجِدُه المَرءُ نوعان:

أحدُهما: ما يَعلَمُ أنَّ مالِكَه لا يَطلُبُه، كالنَّوى وقُشورِ الرُّمّانِ، فله أن يَأخُذَه ويَنتَفِعَ به.

والثَّاني: ما يَعلَمُ أنَّ مالِكَه يَطلُبُه، وذَكَر في الكِتاب[1] هذا النَّوعَ.

فإن كانت أقَلَّ من عَشَرةِ دَراهِمَ: عَرَّفها أيَّامًا، وإن كانت عَشَرةَ دراهِمَ فصاعِدًا: عَرَّفها شَهرًا، وإن كانت مِائةً أو أكثَرَ: عَرَّفها حَولًا، ولم يَذكُر هذا التَّفصيلَ في «الأَصل» بل قال: يُعرِّفُها حَولًا؛ لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ في اللُّقَطة: «يُعرِّفُها حَولًا، فإن جاء صاحِبُها وإلا تَصَدَّقَ بها»[2].

قال الشَّيخُ الإمامُ بَدرُ الدِّينِ رَحِمَهُ اللَّهُ: قَولُه: (عَرَّفها أيَّامًا) من جُموع القِلَّةِ، فيَكونُ إلى عَشَرة أيَّامٍ.

فإن قيل: التَّقديرُ المَذكورُ في «المُختَصَر»[3] يُخالِفُ الأثَرَ[4]؛ فإنَّه يَقتَضي أن يَجِبَ التَّعريفُ حَولًا في كلِّ لُقَطةٍ.

قيل: رُوِي عن النَّبيِّ عَلَيْهِ السَّلَامُ أنه قال: «من التَقَط لُقَطةً يَسيرةً دِرهمًا، أو دينارًا، أو شِبهَ ذلك: فلْيُعرِّفها ثَلاثةَ أيَّامٍ»[5]، فدَلَّ هذا الخَبَرُ على أنَّ مُدَّةَ التَّعريفِ ممَّا تَختَلِفُ باختِلاف مِقدارِ المالِ.

وقيل: شيءٌ من هذا ليس بلازِمٍ، بل يُعرِّفُ القَليلَ والكَثيرَ إلى أن يَغلِبَ على

---

(١) أي هذا الكتاب.

(٢) روى الطبراني في «الأوسط» (٢٢٠٨) والدارقطني (٤٣٨٩) عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وسئل عن اللقطة فقال: «لا تحل اللقطة، من التقط شيئًا فليعرفه سنةً، فإن جاءه صاحبها فليردها إليه، وإن لم يأت صاحبها فليتصدق بها، وإن جاءه فليخيره بين الأجر وبين الذي له».

(٣) أي هذا التفصيل المذكور في «النافع».

(٤) في (هـ): الآية.

(٥) روى الإمام أحمد (١٧٥٦٦) والطبراني ٢٢/ ٢٧٣ واللفظ للأول: «من التقط لقطةً يسيرةً، درهمًا أو حبلًا أو شِبه ذلك، فليعرفه ثلاثة أيام، فإن كان فوق ذلك فليعرفه ستة أيام».

رَأيه أنَّ صاحِبَه لا يَطلُبُه بعد ذلك.

قَولُه: (وإلا تَصَدَّقَ بها) يعني إن جاء صاحِبُها: أعطاها صاحِبَها، وإن لم يَجِئ صاحِبُها: تَصَدَّق بها.

فإن تَصَدَّق بها ثم جاء صاحِبُها: فهو بالخِيار، إن شاء أَمضى الصَّدَقةَ، وإن شاء ضَمَّنَ المُلتَقِطَ؛ لأنه لم يكن مَأمورًا بالتَّصَدُّق.

قَولُه: (فإن جاء صاحِبُها) أي بعدما تَصَدَّق بها.

قَولُه: (وإن شاء ضَمَّنَ المُلتَقِطَ).

فإن قيل: كيف يَضمَنُها له وقد تَصَدَّق بإذن الشَّرعِ.

قُلنا: الشَّرعُ أباح له التَّصدُّقَ بها، وما أَلزَمه ذلك، ومِثلُ هذا الإذنِ لا يُسقِطُ الضَّمانَ، كالإذن في الرَّمي إلى الصَّيد[1].

وهذا مَعنى قَولِه: (لأنَّه غيرُ مَأمورٍ بالتَّصدُّق) أي إنَّ التَّصدُّقَ مُباحٌ له شَرعًا، وليس بمَأمورٍ به، فيكونُ مُقيَّدًا بشَرط السَّلامةِ.

---

(١) وكذا المشي في الطريق مباح، فإذا هلك بذلك شيءٌ يجب الضمان على الرامي والماشي؛ لأن إسقاط حق محترم لا يجوز. وفي «خلاصة الفتاوى»: إن تصدق الملتقط بإذن القاضي ليس له أن يضمنه، وقال الكاكي: هذا ليس بصواب، إذا تصدق الملتقط بإذن القاضي لا يكون أعلى حالًا من تصدق القاضي بنفسه، ويقال: يضمن القاضي، وههنا أولى، كذا في «الذخيرة» و«فتاوى» قاضي خان. «البناية» ٧/ ٣٣٢.

وفي «المحيط» ٥/ ٤٣٨: حتى حكي عن القاضي الإمام أبي جعفر يقول: ما ذكر في الكتاب محمول على ما إذا تصدق بغير أمر القاضي، فأما إذا تصدق بأمر القاضي فليس للمالك أن يضمن الملتقط.

ويَحتَمِلُ أن يكونَ مَعنى قَولِه: (لأنَّه غيرُ مَأمورٍ) أي هو غيرُ مَأمورٍ من جِهة صاحِبِ المالِ؛ لأنَّه لم يَأذَن له بالتَّصدُّق، وإنَّما أباح له الشَّرعُ التَّصدُّقَ، وهذا لا يُنافي وُجوبَ الضَّمانِ؛ حَقًّا للعَبد، كتَناوُل مالِ الغَيرِ عند الإكراهِ والمَخمَصةِ[1].

ويَجوزُ الالتِقاطُ في الشّاة والبَقرِ والبَعير؛ صيانةً لمال الغَير.

فإن أَنفَق المُلتَقِطُ عليها بغير إذنِ الحاكِم: فهو مُتبَرِّعٌ.

وإن أَنفَق بأمره: كان دَينًا على صاحبه؛ لأن إذنَ القاضي كإذن المالِك.

قَولُه: (لأنَّ إذنَ القاضي كإذن المالِك) لثُبوت وِلايَتِه في مال الغائِب؛ نَظَرًا له، وقد يكونُ النَّظَرُ في الإنفاق.

وإذا رُفِع ذلك إلى الحاكِم: نَظَر فيه..

فإن كان للبَهيمة مَنفعةٌ: آجَرها وأَنفَق عليها من أُجرَتها؛ نَظَرًا للمالك، وإحياءً للدّابّة.

وإن لم يكن لها مَنفَعةٌ وخاف أن تَستَغرِقَ النَّفقةُ قيمَتَها: باعها وأَمَر بحِفظ ثَمَنِها نظرًا[2] للمالك.

وإن كان الأَصلَحُ الإنفاقَ عليها: أَذِن له في ذلك، وجَعَل النَّفقةَ دَينًا على مالكها.

فإذا حَضَر المالِكُ: فللمُلتَقِط أن يمنَعَه منها حتى يَأخُذَ النَّفَقةَ؛ لتعلق حَقِّه بذات الدّابّة.

قَولُه: (وجَعَل النَّفقةَ دَينًا على صاحِبها) فيه إشارةٌ إلى أنَّه إنَّما يَرجِعُ على المالِك

(١) فإنه يحل بإباحة شرعية، لكن مع الضمان. «البناية» ٧/ ٣٣٢.

(٢) سقطت من (ب).

بعدما حَضَر ولم يَبع اللُّقَطةَ، إذا شَرَط القاضي الرُّجوعَ على المالِك.

ولُقَطةُ الحِلِّ والحَرَمِ سَواءٌ؛ لأن العِصمةَ لا تتَفاوتُ في الأَموال.

قَولُه: (ولُقَطةُ الحِلِّ والحَرَمِ سَواءٌ) أَورَد هذا ليُبيِّنَ أنَّ الحَرَمَ وإن كان مَأمونًا من السِّباع لكنّه غيرُ مَأمونٍ من أيدي النّاسِ، فتكونُ لُقَطةُ الحَرَمِ كلُقَطة الحِلِّ في حَقِّ الحِفظِ.

وإذا حَضَر رجُلٌ فادَّعى أن اللُّقَطةَ له: لم يُدفَع إليه حتى يُقيمَ البيِّنةَ؛ لأنه يُريدُ إبطالَ يَدِ المُلتَقِطِ واختِصاصَه بمِلكه.

قَولُه: (واختِصاصَه بمِلكه) أي يُريدُ المُدَّعي اختِصاصَ اللُّقَطةِ بمِلكه؛ لأنَّه يَدَّعي المِلكَ فيها.

فإن أعطى علامَتَها: حَلَّ للمُلتَقِط أن يَدفَعَها إليه؛ لأن الظاهِرَ أنه المالِك؛ لكن لا يُجبرُ على ذلك في القَضاء؛ لأن الإعلامَ بالأَوصاف ليس بدَليلٍ.

(فإن أَعطى علامتَها) مثلَ أن يُسمِّيَ وَزنَ الدَّراهِمِ، وعَدَدَها، ووِكاءَها[1]، ووِعاءَها؛ لأنَّ الإعلامَ بالأوصاف ليس بدَليلٍ، فقد يكونُ ذلك جُزافًا[2]، وقد يَعرِفُ الإنسانُ من مِلك غيرِه، وقد يَسمَعُ من مالِكه يَنشُدُ ذلك ويَذكُرُ علامَتَه، والمُحتَمِلُ لا يَصلُحُ للإلزام.

---

(١) الوكاء: حبلٌ يُشَدُّ به رأسُ القِربة. «المصباح» ٢/ ٦٧٠.

(٢) الجُزاف: بيع الشيء لا يُعلم كيلُه ولا وزنُه ... ويقال لمن يرسل كلامه إرسالًا من غير قانون: جازف في كلامه، فأُقيم نهجُ الصواب مَقامَ الكيل والوزن. «المصباح» ١/ ٩٩.

ثم المُلتَقِطُ أمينٌ، وبالدَّفع إلى غير المالِكِ يَصيرُ ضَمينًا، فله أن يَحتَرِزَ من اكتِساب سَبَبِ الضَّمانِ، بأن لا يَدفَعَ إليه حتى يُقيمَ البَيِّنَةَ.

ولا يَتصَدَّقُ باللُّقَطة على غَنِيٍّ؛ لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «لا تَحِلُّ الصَّدقةُ لغَنِيٍّ»[1].

وإن كان المُلتَقِطُ غَنِيًا: لم يَجُز له أن يَنتَفِعَ بها؛ لأنه مالُ الغَير، فلا يَجوزُ الانتِفاعُ به إلا عند الضَّرورة.

وإن كان فَقيرًا: فلا بأس بأن يُنفِقَها على نفسه، ويَنتَفِعَ بها بعد التَّعريف.

ويَجوزُ له التَّصَدُّقُ بها إن كان غَنِيًّا على أَبيه وابنِه وزَوجَتِه إذا كانوا فُقَراءَ؛ لأنهم حَلَّ لهم الصَّدقةُ، وهذا ليس بتَصَدُّقٍ من ماله على وَلَده.

(وهذا ليس تَصدُّقًا من ماله على وَلَده) خَصَّ الوَلَد ليَثبُتَ الحُكمُ في غيرِه بالطَّريق الأَولى.

(١) رواه الإمام أحمد (٦٥٣٠)، وأبو داود (١٦٣٤)، والترمذي (٦٥٢)، والنسائي (٢٥٩٧)، وابن ماجه (١٨٣٩).

كتابُ جُعْلِ الآبق

كتاب[1] جُعلِ الآبق

اعلَم أنَّ الإباقَ تَمَرُّدٌ في الانطِلاق، وهو من سُوء الأخلاقِ، ورَداءةِ الأَعراقِ، يُظهِرُ العَبدُ عند سَيِّده فِرارًا؛ لتَصير ماليَّتُه فيه ضِمارًا، رَدُّه إلى مَولاهُ إحسانٌ، وهل جَزاءُ الإحسانِ إلا الإحسانُ؟

وهذا الكِتابُ لبَيان الجَزاءِ المُستَحَقِّ للرّادِّ في الدُّينا، مع ما لَه من الأجر في العُقبى، بإغاثة اللَّهفانِ، ومَنعِ المُتعدِّي من العُدوان.

قال المُطَرِّزيُّ: الجُعلُ: ما يَجِبُ[2] للعامِلِ على عَمَله.

إذا أَبَق مَملوكٌ فرَدَّه رَجُلٌ على مَولاهُ من مَسيرة ثَلاثةِ أَيّامٍ فصاعِدًا: فله عليه جُعلُه أَربَعونَ دِرهَمًا، عن ابن مسعودٍ رَضِيَ اللهُ عَنهُ، أن رَجُلًا قَدِم بأُبّاقٍ من الفَيُّوم، فقال القَومُ: لقد أَصاب أَجرًا، فقال ابن مسعود رَضِيَ اللهُ عَنهُ: وجُعلًا إن شاء، من كلِّ رأسٍ أربَعونَ دِرهَمًا[3].

---

(١) في (أ): باب.

(٢) في سوى (هـ): ما يجب. وانظر «المغرب» ص٨٤.

(٣) رواه الإمام أبو يوسف في «الآثار» (٧٦٢)، ورواه مختصرًا عبد الرزاق (١٤٩١١)، وابن=

وإن رَدَّه لأقَلَّ من ذلك: فبِحِسابه.

وإن كان قيمَتُه أَقَلَّ من أربعينَ دِرهَمًا: يُقضى له بقيمَته إلا دِرهَمًا؛ لأنه لو قُضِي له بالكُلِّ لا يَنتَفِعُ به المَولى.

وإن أَبَق مِن الذي رَدَّه: فلا شيءَ عليه؛ لأنه أَجيرٌ مَعنًى، ولهذا يَجِبُ له الجُعلُ.

ويَنبغي له أن يُشهِدَ إذا أَخَذ أنه يَأخُذُه ليَرُدَّه، كما في اللُّقَطة.

الفَيُّومُ: من كُوَر[1] مِصرَ، قُتِل بها مَروانُ بنُ محمّدٍ.

قَولُه: (وجُعلًا) أي قاله ابنُ مسعودٍ رَضِيَ اللهُ عَنهُ، وهو مَعطوفٌ على (أجرًا)، أي وأصاب جُعلًا، ولا إصابةَ قبل الوُجوبِ.

ولأنَّ التَّقديرَ يُشعِرُ بالوُجوب.

ولأنَّه سَمّاهُ جُعلًا، ولم يُوجَد جَعْلُ غيرِه، فيُعيَّن جَعلُ الشَّرعِ.

ولأنَّه فَوَّض[2] المَشيئةَ إلى الرَّادِّ، فدَلَّ على الوُجوب.

ولأنَّه عَطَف الجُعلَ على الأَجر، وذلك ثابِتٌ ظاهِرًا[3]؛ نَظَرًا إلى وَعد اللهِ تعالى، فدَلَّ على وُجوبه.

=أبي شيبة (٢١٩٣٩).

(١) في (ز): أرض. والكورة: الصقع، ويطلق على المدينة، والجمع كُوَر، مثل غرفة وغرف. «المصباح» ٢/ ٥٤٣.

(٢) في (هـ) و(و): فرض.

(٣) سقطت من (هـ).

مَعنى الحَديثِ: إن شاء الرَّادُّ أَخذ الجُعلَ الواجِبَ بردِّه، فنصيب[1] له الأجرَ والجُعلَ جَميعًا.

ثمّ إنَّ ابنَ مَسعودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال في مَجلِسه ما قال، وقد اشتُهِر ذلك منه، ولم يُنكِر عليه أحدٌ، فيَكونُ بمَنزلة الإجماعِ منهم على وُجوب أصلِ الجُعلِ، وإن اختَلَفوا في مِقداره.

فإن كان العَبدُ الآبِقُ رَهنًا: فالجُعلُ على المُرتَهِن؛ لأن اليَدَ له.

(فالجُعلُ على المُرتَهن) لأنَّ وُجوبَ الجُعلِ للرَّادِّ بإحياء ماليّةِ العَبدِ، وماليَّتُه حَقُّ المُرتَهِنِ؛ لأنَّ مُوجَبَ عَقدِ الرَّهنِ ثُبوتُ يَدِ الاستيفاءِ للمُرتَهِن، فعَرَفنا أنَّه في الرَّدِّ عامِلٌ له، فكان الجُعلُ عليه.

وهذا إذا كانت قيمَتُه مثلَ الدَّينِ أو أقَلَّ، وإن كانت أكثرَ: فيُقدَّرُ الدَّينُ عليه، والباقي على الرَّاهن، كذا في «المَبسوط».

❁❁❁

ثم المَفقودُ يُناسِبُ الإباقَ؛ إذ في كلٍّ واحِدٍ منهما تَركُ الأهلِ والوَطَنِ.

(١) في (هـ): فنصف، وفي (و): مصيب.

كتابُ المفقود

كتابُ المَفقودِ

اعلَم أنَّ المَفقودَ اسمٌ لمَوجودٍ هو حَيٌّ باعتِبار حالِه، ولكنَّه خَفِي الأثَرُ، كالمَيْت باعتِبار مالِه، أَهلُه في طَلَبه يَجِدُّون، ولخَفاء أثَرِه لا يَجِدون، قد انقَطَع عنهم خَبَرُه، واستَتَر عليهم أثَرُه[1]، فبالجِدِّ ربَّما يَصِلون إلى المُراد، وربَّما يَتأخَّرُ اللقَّاءُ إلى يوم التَّنادِ.

والاسمُ في اللُّغة من الأضداد، يَقولُ الرَّجُلُ: فَقدتُ الشَّيءَ، أي أَضلَلتُه، وفَقدتُه أي طَلَبتُه، وكلا المَعنَيين مُتحَقِّقٌ في المَفقود؛ فقد ضَلَّ عن أهله[2]، وهم في طَلَبه.

وحُكمُه في الشَّرع: أنَّه حَيٌّ في حَقِّ نفسِه، حتى لا يُقسَمُ مالُه بين ورثَتِه، مَيْتٌ في حَقِّ غيرِه، حتى لا يَرِثُ أحَدًا من أقربائه إذا مات؛ لأنَّ ثُبوتَ حياتِه باستِصحاب الحالِ، فإنَّه على حياته، فيُستَصحُب ذلك ما لم يُعلَم خِلافُه[3].

---

(١) في سوى (هـ): أمره.

(٢) في (ز): أصله.

(٣) قوله: (فإنه على حياته فيستصحب ذلك ما لم يعلم خلافه) مثبت من (ز).

والحالُ يَصلُحُ لإبقاء ما كان، لا لإثبات ما لم يَكُن ثابتًا، وفي الامتناع من قِسمة مالِه بين وَرثَتِه: إبقاءُ ما كان على ما كان، وفي تَورثيه من الغير: إثباتُ أمرٍ لم يَكُن ثابتًا له.

إذا غاب الرَّجُلُ ولم يُعرَف له مَوضِعٌ، ولا يُعلَمُ أَحَيٌّ هو أم مَيْتٌ: نَصَب القاضي مَن يَحفَظُ ماله، ويَقومُ عليه، ويَستوفي حَقَّه، ويُنفِقُ على زَوجته وأولادِه الصِّغارِ من ماله؛ للحاجة إلى هذه التَّصَرُّفاتِ.

قَولُه: (ويَستوفي حَقَّه) مثلَ أن يَقبِضَ غَلّاتِه، والدَّينَ الذي أقَرَّ به غَريمٌ من غُرَمائه.

(ويَقومُ عليه) أي يَجمَعُ ما تفرَّق من غَلّاته، ويَتقاضى.

قَولُه: (للحاجة) لأنَّه عاجِزٌ عن النَّظَر لنفسه، والقاضي نُصِّب ناظِرًا لكلِّ من عَجَز عن النَّظَر لنَفسه.

ولا يُفرِّقُ بينه وبينَ امرأَته؛ لاحتمال حياتِه.

فإذا تَمَّ له مِائةٌ وعِشرونَ سَنةً من يَوم وُلِد: حَكَمنا بمَوته؛ لأن الظّاهِرَ أنه لا يَبقى أكثَر من ذلك.

واعتَدَّت امرَأتُه.

وقُسِم المالُ بين وَرَثَتِه المَوجودينَ في ذلك الوقتِ.

قَولُه: (فإذا تَمَّت له مائةٌ وعشرونَ سَنَةً...) إلى آخِره: هذا قَولُ الحَسَنِ بنِ زيادٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وهو روايةٌ عن أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وهذا يَرجِعُ إلى قَول أهلِ الطَّبائِع؛ فإنَّهم

يقولون: لا يَجوزُ أن يَبقى أحَدٌ حَيًّا أكثرَ من هذه المُدَّةِ، لكنَّه ثَبَت بالنَّصِّ طُولُ عُمُرِ نُوحٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ[١] وغيرِه[٢]، فلا يُعتَمَدُ على هذا القَولِ.

وفي ظاهِرِ الرِّوايةِ: يُقدَّرُ بمَوت الأقرانِ.

ومن مات منهم قبلَ ذلك: لم يَرِث منه؛ لاحتِمال حياةِ المَفقودِ ومَوته.

ولا يَرِثُ المَفقودُ من أحدٍ مات في حال فَقْدِه؛ لاحتمال مَوتِ المَفقودِ قبلَه.

قَولُه: (ومن مات...) إلى آخِره: يُخرَّجُ على ما أصَّلنا أنَّه حَيٌّ في مال نَفسِه، مَيْتٌ في مال غيرِه.

❁❁❁

الغَصبُ يُناسِبُ ما تَقدَّمَ من حيث الأَخذُ، وكذا ما بعدَه لهذا.

ولأنَّ المُلتَقِطَ يَصيرُ غاصِبًا بالتَّعدّي، وكذا المُودَع والمُستَعيرُ، فيُجانِسُ إيرادَ الغَصبِ في خَلال هذه الكُتُبِ.

---

(١) قال تعالى: ﴿وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا نُوحًا إِلَىٰ قَوْمِهِۦ فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَامًا﴾، وهذا بيان مدة دعوته عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ سوى عمره الشريف كله، أي ما عاشه قبل الإرسال وبعده.

(٢) كعموم الأمم السابقة، فإن أعمارهم كانت طويلةً.

كتابُ الغصب

كتابُ الغَصبِ

الغَصبُ: أَخذُ الشَّيءِ من الغَير، على سَبيل التَّغلُّبِ، سَواءٌ كان المَأخوذُ مالًا أو غيرَ مالٍ.

وفي الشَّريعة: عِبارةٌ عن أَخذ مالٍ مُتقوَّمٍ، بغَير إذنِ المالِك، على وَجهٍ يُزيلُ يَدَه، أو يَقصُرُ يَدَه.

وشَرطُه: كونُ المَأخوذِ مُتقوَّمًا.

وحُكمُه: المَأثَمُ، والمَغرَمُ عند العِلمِ، والضَّمانُ عند عَدَمِه.

والكَلامُ في الغَصب أنّه إزالةُ يَدٍ مُحِقّةٍ قَصدًا، وإثباتُ يَدٍ مبطِلةٍ[1] ضِمنًا، أو على عَكسه.. يَأتي بعد هذا إن شاء اللهُ تعالى[2].

ومَن غَصَب شيئًا له مِثلٌ فهَلَك في يده: فعليه ضَمانُ مثلِه؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡۚ﴾ [البَقَرَة:١٩٤].

(١) كلمتا محقة ومبطلة مثبتتان من الأصل.

(٢) وهو في مسالة زوائد المغصوب، كما في الأصل.

(ومَن غَصَب شَيئًا له مِثلٌ) كالمَكيلات، والمَوزوناتِ، والعَدَديّاتِ المُتقارِبةِ[1]: فعليه ضَمانٌ هو مِثلُه، ويَدُلُّ عليه ما ذُكِر في بعض النُّسَخ: (فعليه مِثلُه).

قَولُه تعالى: ﴿فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾: سَمّى جَزاءَ الاعتِداءِ اعتَداءً، كقَوله تعالى: ﴿جَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾ [الشورى:٤٠]، وقَولِه تعالى: ﴿يُخَٰدِعُونَ ٱللَّهَ وَهُوَ خَٰدِعُهُمْ﴾[2] [النساء:١٤٢].

وإن كان مما لا مِثلَ له: فعليه قيمَتُه يومَ الغَصْب؛ لأنها المِثلُ مَعنًى.

(وإن كان مِمّا لا مِثلَ له) كالعَدديات المُتفاوِتةِ، مثلَ الثِّيابِ والدَّوابِّ.

قَولُه: (لأنَّه المِثلُ معنًى[3]) المِثلُ نوعان: كامِلٌ وقاصِرٌ.

فالكامِلُ: هو المِثلُ صُورةً ومَعنًى؛ لأنَّ حَقَّ المُستَحِقِّ مُراعًى في الصُّورة والمَعنى، وهو الأصلُ في ضَمان العُدوانِ؛ تَحقيقًا للجَبر، حتى كان بمَنزلة الأصلِ من كلِّ وَجهٍ.

والقاصِرُ: هو المِثلُ مَعنًى، وهو القيمةُ؛ لأنَّ الحَقَّ في الصُّورة قد فات؛ للعَجز عن القضاءِ به، فبَقِي المَعنى.

---

(١) في (و): والمعدودات المتفاوتة.

(٢) قال إمام الهدى في «تفسيره» ٣/ ٣٩٤: قوله عَزَّوَجَلَّ: ﴿وَهُوَ خَٰدِعُهُمْ﴾: أي يجزيهم جزاء خداعهم المؤمنين، فسمي خداعًا وإن لم يكن في الحقيقة خداعًا: لأنه جزاء الخداع، وهو كما سمى جزاء السيئة سيئةً، وإن لم تكن الثانية في الحقيقة سيئة، وكذلك سمى جزاء الاعتداء اعتداءً، وإن لم يكن الثاني اعتداءً، فعلى ذلك سمى هذا خداعًا؛ لأنه جزاء الخداع، واللغة غير ممتنعة عن تسمية الشيء باسم سببه على ما ذكرنا.

(٣) في سوى (ز): يعني.

والواجِبُ عليه: المِثْلُ التَّامُّ، إلا إذا عَجَز عن ذلك، فحينئذٍ يُصارُ إلى المِثْل القاصِرِ، على وَجهٍ يكونُ خَلَفًا عن المِثْل الكامِلِ.

وعلى الغاصِب ردُّ العَينِ المَغصوبة؛ لقوله عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ: «على اليَد ما أخَذت حتى تَرُدَّ»(١).

«على اليَد» أي على صاحِب اليَدِ، وذَكَر اليَدَ: لأنَّه آلةُ الأَخذِ، وأنَّث الفِعلَ: لأنَّه مُسنَدٌ إليها ظاهِرًا.

فإن ادَّعى هَلاكَها: حَبَسه الحاكِمُ حتى يَعلَمَ أنها لو كانت باقِيةً لأظهَرَها؛ إيصالًا للحَقِّ إلى مالكِه، ثم قَضى عليه ببَدَلِها.

قَولُه: (فإن ادَّعى هَلاكَها...) إلى آخِره: هذه المَسألةُ تَدُلُّ على أنَّ المُوجَبَ الأصليَّ رَدُّ العَينِ، ورَدُّ القِيمةِ مَخلَصٌ عنه، بخِلاف ما يَقولُه البَعضُ(٢).

---

(١) رواه الإمام أحمد (٢٠١٣١)، وأبو داود (٣٥٦١)، والترمذي (١٢٦٦)، والنسائي في «الكبرى» (٥٧٥١)، وابن ماجه (٢٤٠٠).

(٢) والأول أصح؛ لأن الموجب الأصلي لو كان القيمة ورد العين مخلصًا عنه كان للغاصب أن يقول: خذ قيمة هذا المغصوب وهو جعل الدين وجب أصالة، وهذا خلاف ما يقتضيه الكتاب؛ لأنه أكل مال الغير بالباطل؛ لأن المالك لم يرض إلا بعين حقه، قال الله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾. «البناية» ١١/ ١٨٩.

وفائدته في البراءة والرهن والكفالة بالمغصوب في حال قيام العين، يعني إذا أبرأ المغصوب منه الغاصب من ضمان العين وهي قائمة في يده، فعند من قال الواجب القيمة تصح البراءة ويسقط ضمان العين، وكذا الرهن والكفالة يصحان على اعتبار وجوب القيمة، وعلى اعتبار وجوب رد العين لا يصح، وفائدته أيضًا فيمن غصب جارية قيمتها ألف وله ألف قد حال عليها الحول، فإنه لا تجب الزكاة في هذه ألف؛ لأنه مدين، والواجب الرد في المكان الذي غصبه فيه؛ لتفاوت القيمة=

(ثم قَضى عليه ببَدلها) أي إذا ظَهر العَجزُ عن رَدِّ العَينِ.

وإذا غَصب عَقارًا فهَلَك في يده: لم يَضمَنهُ عند أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

وعند محمّدٍ رَحِمَهُٱللَّهُ: يَضمَنه؛ لأنه غَصْبٌ وقَطْعُ المَنفعةَ عن المالك.

(لأنّه غَصبٌ وقَطعُ المَنفَعةِ عن المالِك) أي أَثبَت اليَدَ المُبطِلةَ، وفَوَّت اليَدَ المُحِقَّةَ؛ لأنَّه استَولى عليه يَدًا بالسُّكنى، وأَخرَج المالِكَ منه، وهذا لأنَّ المَقصودَ من تَفويت اليَدِ تَفويتُ مَنفَعةِ المِلكِ وثَمَرتِه[1] عليه، والعَقارُ يُملَك بالاستِيلاء يَدًا.

ألا ترى أنَّ الغُزاةَ إذا فَتَحوا بَلدةً: يَملِكون عَقارَهم!

لهما: أن العَينَ بحاله، وقَطعُ المَنفعةِ بفِعلٍ في المِلك لا يوجِبُ الضَّمان، كما لو مُنِع المالِكُ عن الانتِفاع بالتَّبعيد.

لهما: أنَّ الغَصبَ إثباتُ اليَدِ بإزالة يَدِ المالِكِ بفِعلٍ في العَين؛ لأنَّ الضَّمانَ يَجِبُ جَبرًا للفائِت، ولا يَتحَقَّقُ تَفويتُ اليَدِ عليه بفِعلٍ في المال دون النَّقلِ والتَّحويلِ، والغاصِبُ وإن سَكَن الدَّارَ فالمالِكُ يَتمكَّنُ مِن أن يَدخُلَ فيَسكُنَ، فإنْ مَنَعه: فذلك فِعلٌ في المالِك[2]، وفِعلُه في المالِكِ[3] لا يُفوِّتُ يدَه عن المال، ولا يُوجِبُ الضَّمانَ عليه، كما لو حَبَس المالِكَ حتى تَلِفت مَواشِيه.

وهذا مَعنى قَولِهما: (أنَّ العَينَ بحاله...) إلى آخِره.

=بتفاوت الأماكن. «الجوهرة النيرة» ١/ ٣٣٩.

(١) في (و): وثبوته.

(٢) في (و): المال.

(٣) في سوى (هـ): الملك.

وما نَقَصه منه بفِعله وسُكناه: ضَمِنه بالاتِّفاق؛ لأنه إتلافٌ.

(لأَنَّه تَبعيدٌ وإتلافٌ) العَقارُ يُضمَن بالإتلاف، كما إذا نَقَل تُرابَه؛ لأَنَّه فِعلٌ في العَين، وجاز أن لا يُضمَنَ بالغَصب ويُضمَنَ بالإتلاف، كالحُرِّ[1].

وإذا هَلَك المَغصوبُ في يد الغاصِبِ بفِعله أو بغير فِعله: فعليه ضَمانُه؛ لأنه عليه إيصالُه إلى المالك حَقيقةً أو مَعنًى، وإن نَقَص في يده فعليه ضَمانُ النُّقصان.

(وإذا هَلَك المَغصوبُ) وفي بعض النُّسَخِ: (وإذا هَلَك النَّقليُّ)، وهو المُرادُ بالأَوَّل.

(حَقيقةً أو مَعنًى) حَقيقةً: إذا كانت العَينُ قائِمةً في يَده، ومَعنًى: إذا رَدَّ قيمتَه، أو مِثلَه إذا كانَت هالِكةً.

(فعليه ضَمانُ النُّقصانِ) أراد به النُّقصانَ من حيث فَواتُ الجُزءِ، لا من حيث تَراجُعُ السِّعرِ.

ومُرادُه: غيرُ الرِّبويِّ، أمَّا في الرِّبَويّاتِ لا يُمكِنُه تَضمينُ النُّقصانِ مع استِرداد الأصلِ.

ثُم ذَكَر في العِقار وما نَقَصه منه بفِعله، وههنا ذَكَر مُطلَقًا: لأنَّ العَقارَ إنَّما يُضمَن بالإتلاف لا بالغَصب، فيُشتَرط الفِعلُ ليَتحَقَّقَ الإتلافُ، أما ههنا: الضَّمانُ إنَّما وَجَب لأَنَّه دَخَل في جَميع أجزائِه في ضَمانه بالغَصب، فما تَعذَّر رَدُّ عينِه يَجِبُ رَدُّ قيمَتِه.

(١) في (ز): كالجزء.

فصلٌ ﴿في التصرّف في المغصوب وتغييره﴾

فصلٌ

ومَن ذَبَح شاةَ غيرِه فمالِكُها بالخِيار، إن شاء ضَمَّنه قيمَتَها وسَلَّمها إليه، وإن شاء أَخَذها وضَمِن النُّقصانَ؛ لأن الذَّبْحَ فِعلٌ قَليلٌ، والمَقاصِدُ باقِيةٌ؛ فلم يَتغيَّر المَحَلُّ من كل وجهٍ، فبقيَ حَقًّا للأوَّل، فيَبقى له الخِيارُ.

قَولُه: (ومَن ذَبَح شاةَ غيرِه) ذِكرُ الشَّاةِ -وهو مَأكولُ اللَّحمِ- يُشيرُ إلى أنَّ في غير المَأكولِ تَجِبُ القيمةُ لا غير؛ لأنَّه لا يُنتَفَع بها بما هو المَقصودُ منها من الحَمل والرُّكوبِ، فكان استِهلاكًا، أما في المَأكول: فات بعضُ الأغراضِ -وهو الحَملُ والدَّرُّ والنَّسلُ- وبَقِي بعضُها -وهو اللَّحمُ- فصار كالخَرق الفاحِشِ، فيُخيَّرُ.

فعلى هذا: مَعنى قَولِه: (والمَقاصِدُ باقيةٌ) أي بعضُ المَقاصِدِ باقٍ، أو مُعظَمُ المَقاصِدِ باقٍ.

(فلم يَتغيَّر المَحَلُّ) أي من هذا الوَجه.

(فبَقِي حَقًّا للأوَّل) أي يَبقى حَقُّ المالِكِ فيه؛ لبَقاء عينِ مالِه، وقد قال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من وَجَد عينَ مالِه فهو أَحَقُّ به»(1).

(1) رواه الطبراني (٦٨٦٠)، وأبو داود (٣٥٣١) بلفظ: «من وجد عين ماله عند رجل فهو=

(فيَبقى له الخِيارُ) أي بالنَّظَر إلى فَوات بعضِ المَقاصِدِ: يَنقَطِعُ حَقُّ المالِك[1]، فتكونُ له وِلايةُ التَّضمينِ بالقيمة، وبالنَّظَر إلى بَقاء بعضِ المَقاصِدِ: تكونُ له وِلايةُ أخذِ العَينِ، وتَضمينِ النُّقصانِ، فيُخيَّرَ.

ومن خَرَق ثَوبَ غيرِه خَرْقًا يَسيرًا: ضَمِنَ النُّقصان، وإن خَرَق خَرْقًا كَبيرًا بحيث تَبطُلُ عامّةُ مَنفَعَته: فلمالكه أن يُضَمِّنَه جَميعَ قيمَته؛ لأنه هالِكٌ معنًى.

(وإن خَرَقه خَرقًا) الرِّوايةُ بالتَّخفيف، بدَليل قَولِه: (خَرْقًا) ولم يَقُل: (تَخريقًا).

(خَرْقًا كثيرًا) بالثّاء؛ لأنَّه ذُكِر في مُقابَلته: (يَسيرًا)، ولو كان كَبيرًا لقال: (صَغيرًا).

(ضَمِنَ النُّقصانَ) لأنَّ العَينَ قائِمةٌ من كل وَجهٍ، وإنَّما دَخَله النُّقصانُ، فيَضمَنه.

(فلِمالكه أن يُضَمِّنَه جَميعَ قيمَتِه) أي تَرَكَ الثَّوبَ عليه وأَخَذ قيمَتَه؛ لأنَّه مُستهلَكٌ من وَجهٍ؛ فإنَّه لا يَصلُحُ بعد هذا الخَرقِ لجَميع[2] ما كان صالِحًا قبلَه.

ثم إشارةُ الكِتابِ إلى أنَّ الفاحِشَ ما يَبطُلُ به عامّةُ المَنافِعِ، والصَّحيحُ: أنَّ الفاحِشَ ما يَفوتُ به بعضُ العَين وجِنسُ المَنفَعةِ، ويَبقى بعضُ العَينِ وبعضُ المَنفَعةِ، بأن قَطَع الثَّوبَ قَميصًا؛ فإنَّه فات جِنسُ المَنفَعةِ؛ لأنَّه لا يَصلُحُ للقَباء وغيرِه، وبَقِي مَنفَعةُ القَميصِ، واليَسيرُ ما لا يَفوتُ به شيءٌ من المَنفَعة.

=أحق به، ويتبع البَيِّعُ من باعه». ورواه البخاري (٢٤٠٢) بلفظ: «من أدرك ماله بعينه عند رجل -أو إنسان- قد أفلس فهو أحق به من غيره»، ومسلم (١٥٥٩) بلفظ: «إذا أفلس الرجل، فوجد الرجل متاعه بعينه، فهو أحق به».

(١) في (هـ): المقاصد.

(٢) في (هـ): بجميع.

وإذا تغيَّرت العَينُ المَغصوبةُ بِفِعل الغاصِبِ حتى زال اسمُها وعُظْمُ[1] مَنافِعِها: زال مِلكُ المَغصوبِ منه عنها، ومَلَكها الغاصِبُ وضَمِنها؛ لأنه أحدَث فيه صَنعةً مُتَقَوِّمةً، فيَصيرُ العينُ هالِكًا، فصار كإنشائه شيئًا آخَرَ، وفي إيجاب الضَّمانِ مُراعاةُ حَقِّ المالِك في العين، ومُراعاةُ حَقِّ الغاصِبِ في الصَّنعة.

(لأَنَّه أَحدَث صَنعةً مُتقوِّمةً) لأنَّ العَينَ تَزداد قيمَتُها بالذَّبح، والشَّيِّ، والطَّبخِ، والطَّحنِ، فتكونُ مُتقوِّمةً، ألا ترى أنَّ النَّاسَ يَبذُلون المالَ بمُقابَلَتها! والمَنافِعُ مُتقوِّمةٌ إذا كان لها أَثَرٌ.

(وصَيَّرَ العَينَ هالِكًا[2]): لأنَّه تَبدَّلَ الاسمُ، وذلك دَليلُ تَبدُّلِ العَينِ.

وفات مُعظَمُ المَقاصِدِ؛ لأنه لا يَصلُحُ لاتِّخاذِ الهَريسةِ والزِّراعةِ بعد الطَّحنِ، فكأنّه لم يَبقَ العَينُ الأوَّلُ.

وتَحقيقُه: أنَّ كلَّ مَوجودٍ من المَخلوقات يُعرَف بصُورَته ومَعناهُ، فتَبدُّلُ الاسمِ دَليلٌ على المُغايَرة صُورةً، وتَبدُّلُ المَقصودِ دَليلٌ على المُغايَرة معنًى، وإذا ثَبَتت المُغايَرةُ: فمِن ضَرورة حُدوثِ الثّاني انعِدامُ الأوَّلِ، وإذا انعَدَم الأوَّلُ بفِعله: صار ضامِنًا مِثلَه، وقد مَلَكه بالضَّمان، فيُجعَلُ هذا الدَّقيقُ وما يُضاهيه حادِثًا من مِلكه، فيكونُ مَملوكًا له، وهذا مَعنى قَوله: (فصار كإنشائه شيئًا آخَرَ).

قَولُه: (وفي إيجاب الضَّمانِ مُراعاةُ حَقِّ المالِكِ...) إلى آخِره.

فإن قيل: في عَدَم زَوالِ مِلكِ المالِك وضَمانِ النُّقصانِ للغاصِب مُراعاةُ الحَقَّين أيضًا.

---

(١) في (ب): أو عظم.

(٢) في (و): هالكة.

قُلنا: تَضمُّنُ النُّقصانِ لا يُمكِنُ؛ لأَنَّه يُؤَدِّي إلى الرِّبا، وبدونه يُهدَر حَقُّ الغاصِبِ، وإنَّه لا يَجوزُ.

ولا يَحِلُّ للغاصِب الانتفاعُ بها حتى يُؤَدِّيَ بَدَلَها؛ ليكون بِرِضا المالِك، كمن[1] غَصَب شاةً فذبَحها وشَواها وطَبَخها، أو حِنطةً فطَحَنها، أو حَديدًا فاتَّخَذَه سَيفًا، أو صُفرًا فعَمِلَه آنِيةً.

قَولُه: (حتى يُؤَدِّيَ بدَلَها) فيه إشارةٌ إلى أنَّه إذا قَضى القاضي بالضَّمان عليه: لا يَحِلُّ له الانتِفاعُ ما لم يُؤَدِّ الضَّمانَ، وليس كذلك، فقد نَصَّ في «المَبسوط» أنَّه يَحِلُّ له الانتِفاعُ إذا قَضى القاضي بالضَّمان، لكنَّ قَضاء القاضي في المَعنى[2] بمَنزِلة أداءِ البَدَلِ؛ لحُصول رِضا المالِك عندَه؛ لأنَّه لا يَقضي إلا بطَلَبه.

قَولُه: (كمَن غَصَب شاةً) هذا ليس على وَجه الاستِدلالِ، بل هو بَيانٌ لصُورة المَسألة.

وإن غَصَب ذَهبًا أو فِضَّةً فضَرَبها دَراهِمَ أو دنانيرَ أو آنِيةً: لم يَزُل مِلكُ مالِكِها عنها عند أبي حنيفة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ؛ لأن الجَودةَ والصِّياغةَ في الأَموال الرِّبَويّة عند مقابَلَتِها بجِنسها لا[3] قيمة لها.

وعندهما: يَبطُل، كما في المَسائِل المُتَقَدِّمة.

(الرِّبويّة) بكَسر الرَّاء، وفتحُها خَطأٌ، كذا في «المُغرِب».

---

(١) في (أ): وهو كمن.

(٢) في (هـ): العين.

(٣) في (ب): ولا.

أبو حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ يقولُ: إنَّ العَينَ لم تَتبدَّل بالصَّنعة؛ لأنَّ اسمَ العَينِ الذَّهَبُ والفِضَّةُ، وهو باقٍ بعد الصَّنعةِ، ومَعناه الأصليُّ الثَّمَنيّةُ، وإنَّه باقٍ أيضًا، وإذا بَقِي الاسمُ[1] والمَعنى: كان ذلك دَليلَ بَقاءِ العَينِ، فلو تَعذَّر على المَغصوب منه أخذُه إنَّما يَتعذَّرُ للصَّنعة، وهي غيرُ[2] مُتقوِّمةً مُطلَقًا؛ لأنَّه لا قيمةَ لها عند المُقابَلةِ بجِنسها.

وبما ذُكِر من التَّعليل لا يَتِمُّ ما لم يَنضَمَّ إليه ما ذَكَرنا[3]، والله أعلَمُ.

ومن غَصَب ساجَةً فبَنى عليها: زال مِلكُ مالِكِها عنها، ولَزِم الغاصِبَ قيمَتُها؛ لما مرَّ.

وعند الشافعيّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا تَبطُل.

(لِما مَرَّ) أي أنَّه أحدَث صَنعةً مُتقوِّمةً.. إلى آخِره، وهذا لأنَّ الحادِثَ بِناءٌ، والبِناءُ غيرُ السَّاجةِ، فالخَصمُ نَظَر إلى الصُّورة فقال: العَينُ قائِمةٌ لم تَتبَدَّل، ووُجِد من الغاصِب إحداثُ حالَةٍ، وهو تَركيبُ البَعضِ على البَعض، والحالاتُ لا تُبدِّلُ الذَّاتَ، ورَدُّ العَينِ المَغصوبِ مُستَحَقٌّ شَرعًا ما دام باقِيًا، فيَجِبُ رَدُّه.

ونحن نَظَرنا إلى المَوجود في الحال، فوَجَدنا ذاتًا مَعنويًّا لم يَكُن مَوجودًا من قبلُ، وهو حاصِلٌ بصُنع الغاصِبِ، فجَعَلناه أحَقَّ به.

ومَن غَصَب أرضًا فغَرَس فيها، أو بَنى عليها: قيل له: (اقْلَع البِناءَ والغَرسَ ورُدَّها)؛ لأن الأَرضَ لا تُغصَبُ، فلا يَجِبُ الضَّمانُ للمالِك.

(١) في (و): الأصل.

(٢) سقطت من (و).

(٣) أي تعليل الماتن لا يكفي بدون هذا التتميم المذكور آنفًا.

الغَرسُ: مَصدَرٌ، ويُرادُ به المَغروسُ، وقد جاء فيه الكَسرُ.

قَولُه: (فلا يَجِبُ الضَّمانَ للمالك) أي إنَّ مِلكَ المالِكِ باقٍ فيها؛ لأنَّه لا يَتحَقَّقُ الغَصبُ فيها، وإذا كان مِلكُه باقِيًا: لا يَجِبُ الضَّمانُ، لكنَّ الغاصِبَ جَعَلها مَشغولةً، فيُؤمَرُ بتَفريغه، كما إذا شَغَل ظَرفَ غيرِه بطَعامه.

فإن كانت الأرضُ تَنقُص بقَلعِ ذلك: فللمالِك أن يَضمَنَ له قيمةَ البِناءِ والغَرْسِ مَقلوعًا، ويكونَ له؛ لأنَّ الغَرْسَ والبِناءَ تَبَعٌ للأرض، فمُراعاةُ صاحِبِ الأَصل أولى.

قَولُه: (مَقلوعًا) يعني قيمةَ بِناءٍ أو شَجَرٍ يُؤمَر بقَلعه؛ لأنَّ حَقَّه فيه، فتُقَوَّمُ الأرضُ بدون الشَّجَرِ والبِناءِ، وتُقَوَّمُ وبها شَجَرٌ وبِناءٌ، فصاحِبُ الأرضِ مَأمورٌ بقَلعه، فيَضمَنُ فَضلَ ما بينَهما.

ومَن غَصَب ثَوبًا فصَبَغَه أحمَرَ، أو سَويقًا فلَتَّه بسَمْنٍ: فصاحِبُه بالخِيار، إن شاء ضَمَّنه قيمةَ ثَوبٍ أبيضَ؛ لأنه مُتلِفٌ من وَجه، ومِثلَ السَّويقِ[1]، وسَلَّمَها[2] إلى الغاصِب، وإن شاء أخَذَهُما[3] وغَرِم ما زاد الصِّبغُ والسَّمْنُ فيهما؛ لأن صاحِبَ الثَّوبِ صاحِبُ الأَصل، فله الخِيارُ في تَمَلُّك الوَصف.

قَولُه: (لأنَّ صاحِبَ الثَّوبِ صاحِبُ الأصلِ...) إلى آخِره: هذا لبَيان أنَّ الخِيارَ لصاحِب الأصلِ[4]، وهو المالِكُ، لا لصاحِب الوَصفِ، وهو الغاصِبُ.

وهذا لأنَّا احتَجنا إلى إثبات الخِيار لوُجود سَبَبِ ثُبوتِه، وهو إيصالُ المالِ بالمال

(١) قوله: (ومِثلَ السَّويقِ) غير مثبت في (أ).

(٢) في (ج): ويسلمها.

(٣) في (أ): أخذها.

(٤) في (هـ): الأرض.

على وَجهٍ يَتعذَّرُ[1] التَّمييزُ، فإثبات[2] الخِيارِ لصاحِب الأصلِ أولى؛ لأنَّ الأصلَ قائِمٌ بنفسه، وقِيامُ الوَصفِ بالأصل.

لَتَّ السَّويقَ[3]: خلَطه[4].

قَولُه: (لأنَّه مُتلِفٌ من وَجهٍ) لأنَّه لم يَبق ثَوبًا أبيضَ، فإن شاء مال إلى جِهة الإتلافِ فيُضمِّنُه، وإن شاء مال إلى جِهة البَقاءِ فيأخُذُه.

ثم في وَضع المَسألةِ فوائِدُ:

فإنَّه ذَكَر اللَّونَين الحُمرةَ والصُّفرةَ: لأنَّ في السَّواد خِلافًا بين أبي حنيفةَ وصاحِبَيه رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ[5].

وذَكَر أنَّه صَبَغه: لِمَا أنه لو انصَبَغ بهُبوب الرِّيح فإنَّه لا يَثبُتُ الخِيارُ لصاحِب الثَّوبِ، بل يُؤمَر بدَفع قيمة الصِّبغِ.

وذَكَر قيمةَ الثَّوبِ ومثلَ السَّويقِ: لأنَّ الثَّوبَ من ذَوات القِيَمِ، والسَّويقَ من ذَوات الأمثالِ.

ومَن غَصَب عَينًا فغَيَّبها، فضَمَّنه المالِكُ قيمَتَها: مَلَكها الغاصِب، والقولُ في

---

(١) في (ز): لا يتعذر.

(٢) في (و): فبإثبات، وفي (ز): وإثبات.

(٣) في (هـ): بسمن.

(٤) قوله: (لت السويق خلطه) سقط من (ز) هنا وذكر عند قوله (إلى جهة البقاء).

(٥) قال في «الهداية» ٤/ ٣٠٢: ولو صبغه أسود: فهو نقصان عند أبي حنيفة، وعندهما زيادة، وقيل: هذا اختلاف عصر وزمان، وقيل: إن كان ثوبًا ينقصه السواد فهو نقصان، وإن كان ثوبًا يزيد فيه السواد فهو كالحمرة.

القيمة قَولُ الغاصِب؛ لأنه مُنكِرٌ، ويُحَلَّف، إلا أن يُقيمَ المالكُ بيّنةً بأكثَرَ من ذلك؛ لأن البَيِّنةَ أقوى من اليَمين؛ لأن البَيِّنةَ مُلزِمةٌ واليَمينَ دافِعةٌ، وإنما يَملِكُ المَضمونَ: لأن المالِكَ مَلَكَ الضَّمانَ فيَملِكُ الغاصِبُ المَضمونَ؛ تَحقيقًا للعَدل.

فإن ظَهَرت العَينُ وقيمَتُها أكثَرُ مما ضَمِن، وقد ضَمِنها بقَول المالِكِ أو ببَيِّنةٍ أقامَها، أو بنُكولِ الغاصِبِ عن اليَمين: فلا خِيارَ للمَالك؛ لأنه رَضِي به، والعَقدُ يَلزَمُ إذا وُجِد الرِّضا.

وإن كان ضَمِنها بقَول الغاصِبِ مع يَمينه: فالمالِكُ بالخِيار، إن شاء أَمضى الضَّمانَ، وإن شاء أَخَذ العينَ ورَدَّ العِوَضَ؛ لأنه ما رَضِيَ بزَوال مِلكِه عن العَين بهذا القَدْر.

(والقَولُ في القيمة قَولُ الغاصِب) أي إذا اختَلَفا، فادَّعى المالِكُ أنَّ قيمتَه يومَ الغَصبِ مِائةٌ، وادَّعى الغاصِبُ أنَّ قيمتَها أقلُّ منها: فالقَولُ قَولُ الغاصِبِ؛ لأنَّه يُنكِرُ الزِّيادةَ التي يَدَّعيها المالِكُ، والقَولُ قَولُ المُنكِرِ مع يَمينه.

(لأنَّ البَيِّنةَ مُلزِمةٌ، واليَمينَ دافِعةٌ) والإلزامُ أقوى من الدَّفع، ألا ترى أنَّ الاستِصحابَ[1] يَصلُحُ للدَّفع لا للإلزام[2]!

قَولُه: (وإنَّما يَملِكُ المَضمونَ...) إلى آخِره: الغَصبُ عندنا يُوجِبُ رَدَّ القِيمةِ عند تَعذُّرِ رَدِّ العَينِ مَقصودًا، ويَثبُتُ المِلكُ به للغاصِب شَرطًا للقَضاء بالقيمة، لا حُكمًا ثابِتًا بالغَصب مَقصودًا.

---

(١) الاستصحاب: عبارة عن إبقاء ما كان على ما كان عليه؛ لانعدام المغير. «التعريفات» ص٢٢.

(٢) أي الاستصحاب يصلح لدفع من يعارض صاحبه في الملكية بعد ثبوتها له، لا لإثباتها من الأول.

وهذا لأنَّ الضَّمانَ الواجِبَ على الغاصِب بَدَلُ العَينِ، حتى يَتقَدَّرُ بماليّة[1] العَينِ بطَريق الجَبر، فيَستَدعي تَفويتًا، فيَزولُ مِلكُه عنه ضَرورةً، كما في قَوله: (أعتِق عبدَك عنّي بألفٍ)، إنَّه يُقدِّمُ التَّمليكَ منه على نُفوذ العَتق ضَرورةً، لا أن يكونَ (أعتِقه عنّي) سَبَبًا للتَّمليك مَقصودًا.

وبه تَبيَّن أنَّ العُدوانَ المَحضَ سَبَبٌ لِما هو حَسَنٌ مَشروعٌ[2]، وهو الضَّمانُ، وانعِدامُ المِلكِ في العَين من شَرائطه، فيَكونُ حَسَنًا بحُسنه.

وولَدُ المَغصوبةِ ونَماؤُها، وثَمَرةُ البُستانِ المَغصوب: أَمانةٌ في يد الغاصِبِ إن هَلَك، فلا ضَمانَ عليه؛ لأنه لم يَزُل يدُ المالِكِ عنها؛ فوجَب ألّا يُزالَ بسبَبِ يَدِه عن الضَّمان؛ تَحقيقًا للعَدل.

قَولُه: (ووَلَدُ المَغصوبةِ ونَماؤُها...) إلى آخِره: الزِّيادةُ نوعان:

مُنفَصِلةٌ: كالوَلَد، ومُتَّصِلةٌ: كالسِّمَن والجَمالِ.

وكلاهما أمانةٌ في يد الغاصِبِ، غيرُ مَضمونةٍ عليه[3] عندنا.

وقال الشافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: مَضمونةٌ تَبَعًا للأَصل، إلا أن يتَعدّى الغاصِبُ فيها، أو يَطلُبَها مالِكُها فيَمنَعَهُ إيّاها؛ لأنه صار مُبطِلًا على المالك حَقَّ الانتِفاع.

وعند الشافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: كلاهما مَضمونةٌ، وهذا بناءً على أنَّ الغَصبَ عندَه إثباتُ اليَدِ المُبطِلةِ قَصدًا، وإزالةُ اليَدِ المُحِقَّة ضِمنًا، وقد وُجِد إثباتُ اليَدِ على

(١) في (ز): حتى يتعذر إليه مالية.

(٢) في (و): حق مشروع.

(٣) في (ز): عليها.

الوَلَد، حتى لو نازَعه فيه إنسانٌ: كان القَولُ قَولَه.

وعندنا: الغَصبُ إزالةُ اليَدِ المُحِقَّةِ قَصدًا، وإثباتُ اليَدِ المُبطِلةِ ضِمنًا، وهذا لأنَّ الضَّمانَ وَجَب بطَريق الجَبر، والجَبرُ يَستَدعي تَفويتًا لا مَحالةَ، وذلك بتَفويت يَدِ المالِك وإزالَتِه، وذلك غيرُ مَوجودٍ في الوَلَد؛ لأنَّ يدَ المالِك ما كانت ثابتةً عليه حتى يُزيلَها.

وهذا مَعنى قَولِه: (**لأنَّه لم يَزُل يدُ المالِك عنها...**) إلى آخِره، أي أنه ما أزال يَدَ المالِكِ عن الوَلَد؛ لعَدَم ثُبوتِ يَدِه عليه، فلو أَوجَبنا الضَّمانَ على الغاصِب لأزَلنا يدَه عن الضَّمان، مع أنَّه لم يَزُل يدُ المالِك عن المَضمون، فيكونُ جَوْرًا، وإنَّه لا يَجوزُ، على المُتعَدِّي وعلى غيره، قال اللهُ تعالى: ﴿فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البَقَرة:١٩٤].

وما ذُكِر من التَّعليل يُشكِلُ بالإزالة المُجرَّدةِ عن الإثبات، بأن أَلقى دُرَّةً في[1] يد إنسانٍ في البَحر، فإنَّه يَجِبُ الضَّمانُ عليه، نَصَّ عليه في «المَبسوط» البَكريِّ.

وعلى ما ذُكِر من التَّعليل ينبَغي أن لا يَجِب؛ لأنَّا لو أَوجَبنا الضَّمانَ: لكان الضَّمانُ مَوصوفًا بالإزالة والإثباتِ، فلا يَكونُ عَدلًا.

والجَوابُ: أنَّ الغَصبَ لَمّا كان هو الإزالةُ قَصدًا والإثباتُ ضِمنًا: فكانت الإزالةُ المُجرَّدةُ فيه كافِيةً لوُجوب الضَّمانِ، دون الإثباتِ المُجرَّدِ؛ لأنَّ فَواتَ الأصلِ يَستَدعي فَواتَ[2] التَّبَعِ، دون عَكسِه.

(١) في (و): من.

(٢) سقطت من (هـ).

قَولُه: (تبعًا للأصل) أي إنَّ الوَلَدَ مُتولِّدٌ من الأصل، فيَكونُ بصِفة الأصلِ، والأصلُ مَضمونٌ عليه، فكذا تَبعَهُ؛ لأنَّ الصِّفاتِ الحُكميّةَ في الأُمَّهات تَسري إلى الأولاد، كالحُرِّيّة وغيرِها.

(إلا أن يَتعدَّى الغاصِبُ فيها[1]) أي لم يَضمَن شيئًا إلا أن يَتعدَّى، بأن أتلَفه، أو ذَبَحه وأكلَه[2].

(لأنَّه صار مُبطِلًا على المالِك حَقَّ الانتفاعِ) أي إذا طَلَبه فمَنَعه: يَتحقَّقُ التَّفويتُ بقَصر يَدِه عنه بالمَنع، فيَكونُ مَضمونًا عليه، كالثَّوب إذا هَبَّت به الرِّيحُ وألقَته[3] في حِجره، وهذا لأنَّ الوَلَدَ مِلكُ المالِكِ إجماعًا، وقد وَقَع في يد الغاصِبِ بدون صُنعِه، فيكونُ أمانةً، والأمانةُ تُضمَنُ بالإتلاف، والتَّعدِّي والمَنعُ من صاحِب الحَقِّ بعد طَلَبِه.

وما نَقَصت الجارِيةُ بالوِلادة: في ضَمان الغاصِب.

قَولُه: (في ضَمان الغاصِب) حُكمُ المَسألةِ.

فإن كان في قيمة الوَلدِ وَفاءٌ به: جُبِر النُّقصانُ بالوَلَد، وسَقَط ضَمانُه عن الغاصِب.

قَولُه: (فإن كان في قيمة الوَلَدِ وَفاءٌ) تَفريعٌ عليها.

(وسَقَط ضمانُه عن الغاصِب) أي سَقَط ضَمانُ النُّقصانِ الذي وَجَب عليه.

وقال زفر رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَنجَبِر؛ لأنه مِلكُ المالِك، فلا يَنجَبِرُ نُقصانُ مِلكِه بمِلكه.

---

(١) في (و): فيه.

(٢) في (و): أو أكله.

(٣) في (ز): فألقته.

لنا: أن سَبَب الزِّيادةِ والنُّقصانِ واحِدٌ وهو الوِلادةُ؛ لأن الوِلادةَ سَبَبُ زِيادةِ المال؛ لأن الوَلَد لم يكن مالًا قبل الوِلادة، وإذا اتَّحَد سَبَبُ الزِّيادة[1] والنُّقصانِ لا يُعَدُّ نُقصانًا، كما في البيع.

(لأنَّه مِلكُ المالِكِ) أي لأنَّ الوَلَدَ مِلكُ المالِكِ، وأداءُ الضَّمانِ إنَّما يكونُ بمِلكِ غيرِ المَضمونِ له؛ لأنَّ الضَّمانَ لجُبران ما فات عليه، ومِلكُه لا يكونُ جابرًا لمِلكه.

(ولَنا: أنَّ سَبَبَ الزِّيادةِ والنُّقصانِ واحِدٌ، وهو الوِلادةُ) لأنَّ الوِلادةَ أَوجَبت فَواتَ جُزءٍ من ماليّة الأصلِ، وحُدوثَ ماليّة الوَلَدِ؛ لأنَّ الوَلَدَ وإن كان مَوجودًا قبلَ الانفِصالِ فلم يَكُن مالًا، بل هو عَيبٌ في الأمِّ، بدَليل عَدَمِ جَوازِ بَيعِه وهِبَتِه، وإنَّما صار مالًا مَقصودًا بالانفِصال، والسَّبَبُ الواحِدُ متى أَثَّر في الزِّيادة والنُّقصانِ لا يُعَدُّ نُقصانًا، بل تَصيرُ الزِّيادةُ خَلَفًا عن النُّقصان، كالبَيع لَمّا أزال المَبيعَ عن مِلك البائِع، وأَدخَل الثَّمَنَ في مِلكه: لا يُعَدُّ هذا نُقصانًا، وإن خَرَج المَبيعُ عن مِلكه؛ لِما أنَّ الثَّمَنَ صار خَلَفًا عن المَبيع، وقد اتَّحَد السَّبَبُ.

ولهذا لو شَهِد شاهدانِ عليه ببَيع شيءٍ بمِثل قيمَتِه، ثم رَجَعا: لم يَضمَنا شيئًا.

قَولُه: (بأنَّ مِلكَه لا يُجبَر بمِلكه) قُلنا: نحن نَسعى لمَنع ظُهورِ النُّقصانِ، فلا يُحتاجُ إلى الجَبر.

ولا يَضمَنُ الغاصِبُ مَنافِعَ ما غَصَبه.

صورةُ غَصبِ المَنافِع: أن يَغصِبَ عبدًا، ويُمسِكَه أيّامًا، ولا يَستَعمِلَه، ثم يَرُدَّه على مَولاه، فإنَّه لا يَضمَنُ عندنا، وعنده: يَضمَنُ.

---

(١) في (ب): الولادة.

وصورةُ إتلافِ المَنافِعِ: أن يَستَعمِلَ العَبدَ أيّامًا، ثم يَرُدَّه على مَولاه، لا يَضمَنُ عندنا، وعنده: يَضمَنُ، كذا ذَكَره البُرْغَرِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وقال الشافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَضمَن؛ لأنها مُتَقَوِّمةٌ.

قَولُه: (لأنَّها مُتقوِّمةٌ) لأنَّ التَّقوُّمَ يُنبِئُ عن العِزّة والخَطَرِ، وذلك ثابِتٌ للمَنافِعِ، ألا ترى أنَّها تُقَوِّمُ الأعيانَ[1]! فيَستَحيل أن لا[2] تكونَ مُتقوِّمةً بنَفسها.

وألا ترى أنَّه يَجوزُ الاعتِياضُ عنها في العُقود! فيَصِحُّ جَعلُها مَهرًا.

ولنا: أنه لا مُماثَلةَ بين المَنافِعِ والدَّراهِمِ؛ لبَقاء الدَّراهِمِ وعَدَمِ بقاء المَنافِعِ، فلا يَجِب شَرعًا.

لنا: أنَّ ضَمانَ العُدوانِ مُقدَّرٌ بالمِثل بالنَّصِّ[3]، ألا ترى أنَّ الحالَّ لا يُضمَن بالنَّسيئة، والدَّينَ لا يُضمَنُ بالعَين!

ولا مُماثَلةَ بين الدَّراهِمِ والمَنافِعِ؛ لأنَّ المَنفعةَ عَرَضٌ يَقومُ بالعَين، والعَينَ جَوهَرٌ يَقومُ به العَرَضُ، والمَنافِعُ لا تَبقى وَقتَين، والعين[4] تبقى أوقاتًا، وبين ما يَبقى وبين ما لا يَبقى تَفاوُتٌ عَظيمٌ.

وكيف يُقال: إنَّها مُتَقَوِّمةٌ والتَّقوُّمُ لا يَسبِقُ[5] الوُجودَ؟! وبعد الوُجودِ لا يَسبِقُ

(١) في (ز): الأعيان مقامها.

(٢) سقطت من (هـ).

(٣) قال تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡۚ﴾، وقال تعالى: ﴿وَإِنۡ عَاقَبۡتُمۡ فَعَاقِبُواْ بِمِثۡلِ مَا عُوقِبۡتُم بِهِۦۖ﴾، وقال تعالى: ﴿جَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَاۖ﴾.

(٤) في (هـ) و(و): والمنافع.

(٥) في (ز): ولا نسلم أنها متقومة وذلك أن التقوم لا يسبق.

الإحرازَ، والإحرازُ[1] بعد الوُجودِ لا يَتحقَّقُ فيما لا يَبقى، فكيف يَكونُ مُتقوِّمًا[2]؟!

وعلى التَّقدير لا يَتحقَّقُ غَصبُها وإتلافُها؛ لأنَّه لا يَحُلُّ المَعدومَ، وبعد الوُجودِ لا يَبقى ليَحُلَّه فِعلُ الغَصبِ والإتلافِ، وإثباتُ الحُكمِ بدون تَحقُّقِ السَّبَبِ لا يَجوزُ[3].

والقِياسُ على العَقد لا يَجوزُ؛ لأنَّ للرِّضا أثرًا في إيجاب الأصولِ والفُصولِ، ألا ترى أنَّ المالَ يَجِبُ بالشَّرط مُقابَلًا بغَير مالٍ، كما في الخُلع، ويَجوزُ بَيعُ عَبدٍ قيمَتُه ألفٌ بألوفٍ، ولا يَثبُتُ شيءٌ من ذلك بالعُدوان بحالٍ!

وكلُّ قياسٍ لا يَقومُ إلا بوَصفٍ تَقَعُ[4] به المُفارَقةُ بين الفَرع والأصلِ فهو باطِلٌ.

وإذا استَهلَكَ المُسلِمُ خَمرَ الذِّمِّيِّ أو خِنزيرَه: ضَمِن قيمَتَهما.

وقال الشافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَضمَن؛ لأنه لا حُرمةَ للخَمر، كما لو كان للمُسلِم.

قَولُه: (لا حُرمةَ للخَمر) أي لا عِصمةَ لها، فيَسقُطُ تَقوُّمُها؛ لأنَّ التَّقوُّمَ لا يكونُ بدونها، وهذا لأنَّ الله تعالى لَمّا نَجَّسها فقد[5] أهانها، والتَّقوُّمُ يُشعِرُ بعِزَّتها، وهذا لا يَختَلِفُ بين المُسلِمِ والذِّمِّيِّ؛ لأنَّه جَعَل عينَها نَجِسةً، وما كان نَجِسًا لعَينه لا يَختَلِفُ في حَقِّ الأشخاص، ولا تَخصيصَ في الكِتاب، فيَثبُتُ الحُكمُ على العُموم.

لنا: أنه مُنتَفَعٌ بها في حَقِّ الذِّمِّيِّ انتِفاعًا كامِلًا، والمُعتبَرُ ضَرَرُ المُتلَفِ عليه، فيَضمَنُ بمِثله.

(١) في (هـ): لا يسبق الإقرار والإقرار.

(٢) قوله: (فكيف يكون متقوما) مثبت من (ز).

(٣) من قوله: (وبعد الوجود) إلى هنا: غير مثبت في (و).

(٤) في (و): تقوم.

(٥) في (هـ): لما جعلها نجسا فقد.

ولنا: أنَّ سُقوطَ التَّقوُّمِ يَثبُتُ بالخِطاب من الشَّارِع، وهو خاصٌّ في حَقِّ المُسلِمين، قال الله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ﴾ [المائدة:٩٠] إلى قَوله: ﴿فَهَلۡ أَنتُم مُّنتَهُونَ﴾ [المائدة:٩١]، فبَقِي في حَقِّ من لم يَدخُل تحت الخِطابِ على ما كان من قبلُ.

وفي إيراد هذه المَسألةِ عَقيبَ المَسألةِ المُتقَدِّمةِ لَطيفةٌ: فإنَّ الشَّافعيَّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ في مَسألة غَصبِ المَنافِعِ أَوجَب الضَّمانَ باستِهلاك ما ليس بمُتَقوِّمٍ عندنا، ونحن نُوجِبُه في هذه المَسألةِ باستِهلاك ما ليس بمُتقوِّمٍ عنده.

ثم الوَديعةُ والعارِيّةُ من المَسائِل الاستِحسانيّةِ؛ لِما ذَكَرنا[1]، وكان يَنبَغي أن يَذكُرَهما عَقيبَ الإباقِ، لكنَّه ذَكَر المَفقودَ والغَصبَ بطَريق الاستِطرادِ، ثم ذَكَرهما، والله أعلَمُ.

(١) أي في آخر كتاب الاستحسان.

كتابُ الوَديعة

كتابُ الوَديعة

الوَدْعُ: التَّرْكُ، وسُمِّيت الوَديعةُ بها: لأنَّها شيءٌ يُترَكُ عند الأمينِ.

الوَديعةُ أمانةٌ في يد المودَع، إذا هَلكت لم يَضمَنها؛ لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «ليس على المستودَع غيرِ المُغِلِّ ضَمانٌ»(١).

قال الشَّيخُ الإمامُ بَدرُ الدِّينِ رَحِمَهُ اللَّهُ: الفَرقُ بين الوَديعةِ والأَمانةِ بالعُموم والخُصوصِ، فالوَديعةُ خاصّةٌ، والأمانةُ عامّةٌ، وحَملُ العامِّ على الخاصِّ صَحيحٌ، دون عَكسِه، فالوَديعةُ هي الاستِحفاظُ(٢) قَصدًا، والأمانةُ هي الشَّيءُ الذي وَقَع في يده من غير قَصدٍ، بأن هَبَّت الرِّيحُ في ثَوب إنسانٍ وألقَته في حِجر غيرِه.

والحُكمُ في الوَديعة: أنَّه يَبرأُ عن الضَّمان إذا عاد إلى الوِفاق بعد الخلاف، ولا

(١) روى الدارقطني (٢٩٦١): عن عمرو بن عبد الجبار، عن عبيدة بن حسان، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «ليس على المستعير غير المغل ضمان، ولا على المستودَع غير المغل ضمان». قال الدارقطني: عمرو وعبيدة ضعيفان، وإنما يروى عن شريح القاضي غير مرفوع. ثم رواه عن شريح. ورواه البيهقي (١١٤٨٦).

(٢) في (هـ): الاستحقاق.

يَبرأُ عن الضَّمان إذا عاد إلى الوِفاق في الأمانة.

المُغِلُّ: الخائِنُ.

وللمودَع أن يَحفَظَها بنفسه ومَن في عِياله، كما يَحفَظُ مالَ نَفسِه.

ذَكَر في «الفَتاوى الصُّغرى» تَفسيرَ (مَن في عِياله): أن يُساكِنَ معه، سواءٌ كان في نَفقَته أوْ لا، والعِبرةُ[1] في هذا البابِ للمُساكَنة، إلا في حَقِّ الزَّوجةِ، والوَلدِ الصَّغيرِ، والعَبدِ، حتى إنَّ الابنَ[2] الصَّغيرَ إذا لم يَكُن في عياله، فدَفَع إليه: لا يَضمَنُ، ولكن يُشترَط أن يكونَ قادِرًا على الحِفظ، وكذا إذا كان الزَّوجُ ساكِنًا في مَحلَّةٍ، والمَرأةُ في مَحلَّةٍ أُخرى، ولا يُنفِقُ عليها زَوجُها، فدَفَع الوَديعةَ إليها: لا يَضمَنُ.

فإن حَفِظَها بغيرهم، أو أَودَعَها عند آخَر: ضَمِن؛ لأن المالِكَ ما رَضِيَ بيد غيرِه، إلا أن يَقَع في داره حَريقٌ فيُسَلِّمَها إلى جاره، أو يكونَ في سَفينةٍ يَخافُ الغَرَقَ فيُلقِيَها إلى سَفينةٍ أُخرى للضَّرورة، فلا ضَمان عليه.

قال شَيخُنا رَحِمَهُ اللَّهُ: مَعنى قَولِه: (حَفِظها بغيرهم) إذا كان بأجرٍ، ومَعنى قَولِه: (أَودَعها) إذا كان بغَير أجرٍ.

قال الإمامُ المَعروفُ بخُواهَر زادَه رَحِمَهُ اللَّهُ: الحَريقُ إذا كان غالِبًا وقد أحاط[3] بمَنزِل المُودَعِ.. إذا ناوَل الوَديعةَ جارًا له: لا يَضمَنُ استِحسانًا، وإن لم يَكُن أحاط بمَنزله: ضَمِن.

(١) في (و): فالعبرة، وفي (ز): قال القاضي الإمام ظهير الدين رَحِمَهُ اللَّهُ: العبرة... إلخ.

(٢) في (ز): الولد.

(٣) في (و): احتاط.

وقيل: إذا وَقَع في بَيت المُودَعِ حَريقٌ.. فإن أَمكَنه أن يُناوِلَها بعض مَن في عِياله فناوَلها أجنبِيًّا: ضَمِن.

الغَرَقُ بفَتحتَين: مَصدَرُ غَرِقَ في الماء: إذا غار فيه.

وإن خَلَطها المودَعُ بماله حتى لا يَتميَّزَ: ضَمِنها؛ لأنه إتلافٌ لمال الوَديعة؛ حيث لم يَبقَ مُنتَفَعًا بها.

(لأنَّه إتلافٌ لمالِ الوَديعةِ) لأنَّ الاستِهلاكَ الذي يُتصوَّرُ[1] من العِباد هذا، وهو أن لا يَبقى مُنتَفَعًا به، بالتَّغييب أو بغَيره[2]، لأنَّ إعدامَ[3] المَحَلِّ ليس إلى العِباد، وقد وُجِد؛ لأنَّه لا يُمكِنُ أن يُشارَ إلى كُلِّ جُزءٍ بأنَّه حَقُّه بيقَينٍ، فصار حَقُّه مُغيَّبًا في دَراهِمه، فيَكونُ إتلافًا، ولا سَبيلَ للمودَع عليها، وهذا قولُ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

فإن اختَلَطت بماله من غير فِعله: فهو شَريكٌ لصاحِبها لوُقوع[4] المُخالَطة.

(وإن اختَلَط بماله من غير فِعله) بأن انشَقَّ[5] الكِيسُ في صُندوقه، فاختَلَط بدَراهمه: فلا ضَمانَ عليه؛ لانعِدام الصُّنعِ منه.

قَولُه: (لوُقوعِ المُخالَطةِ) يعني أنَّهما يَشتَرِكان لوُجود المُوجِب للشِّرْكة، وهو الخَلطُ.

وإن طَلَبها صاحِبُها فحَبَسها عنه وهو يَقدِرُ على تَسليمها: ضَمِن؛ لأنه أَبطَل

(١) في (ز): لا يتصور.

(٢) في (هـ): بتغيره.

(٣) في (و): إعلام.

(٤) في (ب): بوقوع.

(٥) في (هـ): شق.

المَنفعةَ على المالِك.

قَولُه: (لأنَّه أَبطَلَ المَنفعةَ على المالِك) لأنَّه تَحقَّق تفويتُ يَدِ المالِك بقَصر يدِه عنه بالمَنع عند طَلَبِه، فيَكونُ غاصِبًا، فيَضمَنُ.

وإن أَنفَق المودَعُ بعضَها ثُم رَدَّ مثلَه فخَلَطه بالباقي: ضَمِن الجَميعَ بالخَلْط.

(ضَمِن الجَميعَ بالخَلط) لأنَّه خَلَط مالَه بمال غيرِه، فيَكونُ إتلافًا، وهذا لأنَّ ما أَنفَق صار دَينًا في ذِمَّته، والدُّيونُ تُقضى بأمثالها، وهو لا يَنفَرِدُ بقَضاء الدَّينِ بغير مَحضَرٍ من صاحِبه، فيَكونُ فِعلُه هذا خَلطًا لِما بَقِي بمِلك نَفسِه، فيَضمَنُ الجَميعَ، بعضَها بالإنفاق، وبعضَها بالخَلط، ويَدُه كيَد المُودِع فيما فُوِّض إليه، وهو الحِفظُ لا الخَلطُ.

وإن تَعدّى المودَعُ في الوديعة بأن كانت دابّةً فرَكِبها، أو ثَوبًا فلَبِسَه، أو عَبدًا فاستَخدَمَه، أو أَودَعَها عند غيرِه، ثُم زال التَّعدّي ورَدَّها إلى يده: زال الضَّمانُ.

وقال الشافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَزول؛ لزَوال عَقدِ الوَديعة؛ لأن المالكَ لا يَرضى بكونها في يَده بعد خِيانَته.

قَولُه: (لأنَّ المالِكَ لا يَرضى بكَونه في يَده بعد خِيانتِه[1]) لأنَّ الإنسانَ إنَّما يَأتَمِنُ الأمينَ على ماله دون الخائِنِ، ومُطلَقُ الكَلامِ يَتقيَّد بدَلالة العُرفِ، كالشِّراء بمُطلَق الدَّراهِمِ.

لنا: أن العَقدَ باقٍ؛ لإطلاق اللَّفظ، فإذا بَقِي العَقدُ فقد رَدَّه بتَرك الخِيانةِ إلى يد نائِبِ المالِك.

(١) في (هـ) و(و): جنايته.

ولنا: أنَّ الأمرَ باقٍ؛ لإطلاق اللَّفظِ[1]؛ لأنَّه قال: (احفَظ مالي)، ولا يُشكِل على أحَدٍ أنَّ هذا اللَّفظَ يَتناوَلُ الحِفظَ قبل الخِلافِ وبعدَه، ولَمّا كان الأمرُ بالحِفظ باقِيًا فقد رَدَّه بتَرك التَّعدّي إلى نائِب المالِك، وهو نَفسُه؛ لأنَّه نائِبٌ عن المالِك إذا حَفِظ بأمره، وقد بَقِي الأمرُ، ووُجِد الحِفظُ للمالك، فيَكونُ مُؤتمَنًا فيه، فلا يَجِبُ الضَّمانُ بالهَلاك.

قَولُه[2]: بأنَّ[3] العَقدَ[4] قد زال..

قُلنا: زَوالُ العَقدِ ضَرورةَ فَواتِ مُوجَب العَقدِ، وهو الحِفظُ للمالِك، فيَتقدَّرُ بقَدْر الضَّرورةِ، فيَظهَرُ ارتِفاعُ العَقدِ في قَدر ما وُجِد الخِلافُ، وفيما وراءَه بَقِي على ما كان.

فإن[5] طَلَبها صاحِبُها فجَحَده إيّاها: ضَمِنها، فإن عاد إلى الاعتِراف: لم يَبرأ عن الضَّمان؛ لأن بالجُحود انتَقَض العَقدُ في حقِّ ما له لا في حقِّ ما عليه؛ لأن الجُحودَ في الوديعة إقرارٌ بعدَمها.

(**فإن[6] طَلَبها صاحِبُها فجَحَده إيّاها: ضَمِنها**) في هذا اللَّفظِ إشارةٌ إلى أنَّه لو جَحَدها عند غيرِ المالِك، أو جَحَدها عند المالِك من غير أن يُطالِبه -بأن قال: (ما

---

(١) في (ز): الأمر.

(٢) أي الإمام الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَىٰ، كما تقدم في بيان قوله.

(٣) في (هـ): لأن.

(٤) في (ز): فإن قيل بأن العقد.

(٥) في (ب) و(ج): وإن.

(٦) في (هـ): وإن.

حالُ وَديعَتي عندَكَ؟)-: لا يَضمَنُ، وإنَّما ضَمِنها: لأنَّ المالِكَ عَزَله عن الحِفظ حين طالَبه بالرَّدِّ، فهو بالإمساك غاصِبٌ، فيَضمَنُ.

(انتَقَض العَقدُ في حَقِّ ما لَه) أي ما لِلمودَع من عَدَمِ وُجوبِ الضَّمانِ على تَقدير الهَلاكِ، وكونِه سَبَبًا للأُلفة والمَحبّةِ والأمانةِ فيما بين النَّاسِ.

(لا في حَقِّ ما عليه) يعني مؤنةَ الحِفظِ، ونَقلَه من مَكانٍ إلى مَكانٍ، وحِراسَتَه آناءَ اللَّيلِ وأطرافَ[1] النَّهارِ، والقِيامَ عليه في السِّرِّ والجِهارِ، فإن جَحَده: فقد انتَقَض جَميعُ ما لَه، فيَجِبُ الضَّمانُ.

قَولُه: (لأنَّ جُحودَ الوَديعةِ إقرارٌ بعدَمها) وهذا ضَروريٌّ، وإقرارُ كلِّ مُقِرٍّ حُجّةٌ في حَقِّه[2] لا في حَقِّ غيرِه، ولهذا سُمِّيَ[3] حُجّةً قاصِرةً، فيَظهَرُ الانتِقاضُ فيما هو حَقُّه خالِصًا، وهو عَدَمُ وُجوبِ الضَّمانِ على تَقدير الهِلاكِ، فإذا انتَقَض العَقدُ: لا يَعودُ بالاعتِراف؛ لأنَّ المُنتَقِضَ لا يَعودُ إلا بالتَّجديد.

بخِلاف الخِلافِ[4] ثم العَودِ إلى الوِفاق؛ لأنَّ العَقدَ ثَمَّ باقٍ؛ لأنَّ الإيداعَ صَدَر

---

(١) مثبتة من (و).

(٢) في نسخة من (ز): في حق نفسه.

(٣) أي الإقرار.

(٤) أراد بالخلاف الأول الخلاف في الحكم، وبالخلاف الثاني خلاف المودع بالفعل، يعني إذا خالف فعلًا ثم عاد إلى الوفاق يكون العقد على حاله، لأنه باقٍ؛ إذ الخلاف ليس برد الأمر؛ لأن الأمر قول، ورد القول بقول مثله، وأما الجحود فهو قول ورد للأمر، لأن الجاحد يكون متملكًا للعين والمالك في ملكه لا يكون مأمورًا بالحفظ من جهة غيره.

وفي «الزيادة»: هذا كله إذا جحد الوديعة في المنقول، أما لو جحدها في العقار: قال السرخسي: لا ضمان عليه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَااللَّهُ في جميع الوجوه. =

مُطلَقًا، والخِلافُ ليس بِرَدٍّ للأمرِ؛ لأنَّ الأَمرَ قولٌ، ورَدُّ القَولِ يَكونُ بقولٍ مِثلِه، أمّا الجُحودُ قَولٌ[1]، فيَكونُ رَدًّا للأمر، وهذا كجُحود أَوامِرِ الشَّرعِ من الصَّوم والصَّلاةِ، فإنَّه يَكونُ رَدًّا، والخِلافُ لا[2].

وقيل: إنَّ التَّعدِّيَ منه كالمَعصِية من العاصي، والعَودَ إلى الوِفاق كالتَّوبة، فكما أنَّ التَّوبةَ تَمحو الحَوبةَ[3]، فكذا العَودُ إلى الوِفاق يُبطِلُ الضَّمانَ.

وللمودَعِ أن يُسافِرَ بالوديعة.

(وللمودَعِ أن يُسافِرَ بالوَديعة) والخِلافُ فيما إذا كان الإيداعُ مُطلَقًا، وبكون الطَّريقِ آمِنًا، ولم يَكُن له بُدٌّ من هذا السَّفَرِ، حتى لو فُقِد شيءٌ مِمّا ذَكَرنا: يَضمَنُ بالإجماع.

وقال الشافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا؛ لأنه تَعريضٌ لها على التَّوى.

قَولُه: (لأنَّه تَعريضٌ لها على التَّوى) قال النَّبيُّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «المُسافِرُ ومالُه

= ومن المشايخ من قال: العقار يضمن بالجحود بلا خلاف، وإن كان الغصب لا يتحقق فيه عندهما. وقال الحلواني: في ضمان الجحود في العقار عن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ روايتان. «البناية» ١٠/ ١١٩.

(١) سقطت من (و).

(٢) أي الخلاف لا يكون ردًّا، حتى لو ترك صومًا أو صلاةً: لم يكفر. «المبسوط» ١١/ ١١٥.

(٣) أصل هذا حديث رواه أبو نعيم في «الحلية» ١/ ٢٧٠، ولفظه: عن شداد بن أوس رضي الله تعالى عنه قال: قال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إن التوبة تغسل الحوبة، وإن الحسنات يذهبن السيئات...» الحديث.

والحوبة: الزلة والخطيئة، والحوب: الإثم. «شرح السنة» ٥/ ١٧٦.

على قَلَتٍ[1]، إلا ما وَقى اللهُ تعالى»[2]، وليس للمُودَع تَعريضُ الوَديعةِ للتَّلَف.

لنا: أنه مَأمورٌ بالحِفظ مُطلَقًا، وقد أتى به.

(لنا: أَنَّه مَأمورٌ بالحِفظ مُطلَقًا) لأنَّ الأمرَ مُطلَقٌ، فلا يَتقيَّدُ بمَكانٍ بدون التَّقييدِ، كما لا يَتقيَّدُ بزَمانٍ، وهذا لأنَّ من يُراعَى أمرُه في شَيءٍ يُراعى إطلاقُ أمرِه، كأوامِرِ الشَّرعِ[3]، والأَمكِنةُ كلُّها في صِفة الأمرِ سَواءٌ، إنَّما الخَوفُ من النَّاس دون المَكانِ[4].

(١) في (هـ): يلت، وفي (و): تلف، وفي (ز): قلق. والمثبت من الأصل.
والقَلَت: الهلاك، وقد قَلِت يَقْلَت قَلَتًا: إذا هلك. «النهاية» ٤/ ٩٨.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أي تراعى أوامر الشرع ويراعى معها إطلاقها وتقييدها وخصوصها وعمومها وغير ذلك.

(٤) فإذا كان الطريق آمنًا كان الحفظ فيه كالحفظ في جوف المصر.
ومراد رسول الله صَلَّاَللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ -أي في حديث: «المسافر وماله على قلت»-: بيان الحالة في ذلك الوقت، فإن المسلمين كانوا لا يأمنون خارج المدينة؛ لغلبة الكفار.
ألا ترى أنه فيما أخبر من الأمر بعده قال: «يوشك أن تخرج الظعينة من القادسية إلى مكة لا تخاف إلا الله تعالى والذئب على غنمها».
ولا يجوز أن يتقيد مطلق أمره بالعرف والمقصود؛ لأن النص مقدم على ذلك، والمقصود مشترك، فقد يكون قصده: أن يحمل المال إليه، خصوصًا إذا سافر إلى البلد الذي فيه صاحب المال، ولأن المودع لا يتعذر عليه الخروج للسفر في حاجته بسبب قَبول الوديعة، وإذا خرج فإما أن يدفع الوديعة إلى غيره؛ فيكون تاركًا للنص؛ لأنه أمره أن يحفظ بنفسه، وإما أن يحمل مع نفسه، فيكون مخالفًا لمقصوده..
ولا شك أن مراعاة النص أولى من مراعاة المقصود، ولهذا قال أبو حنيفة: ما له حمل ومؤنة وما لا حمل له ولا مؤنة في ذلك سواء، بعدت المسافة أو قربت؛ لمراعاة النص، وهو القياس.
واستحسن أبو يوسف رَحِمَهُاللَّهُ فقال: إذا كان له حمل ومؤنة فليس له أن يسافر به؛ لأنه يلزم صاحبها مؤنة الرد، ولا ولاية له عليه في إلزام المؤنة إياه. =

وإن كان لها حَمْلٌ ومُؤْنةٌ: فله أن يُسافِرَ بها؛ لإطلاق اللَّفظ.

الحَملُ بالفَتح: مَصدَرُ حَمَل الشَّيءَ، ومنه: ما لَه حَمْلٌ ومُؤنةٌ، يَعنون ما له ثِقَلٌ يُحتاجُ في حَمله إلى أُجرة[1] حَمّالٍ[2]، كذا في «المُغرِب».

وعندهما: ليس له ذلك؛ للمنع دَلالةً.

قَولُه: (للمَنع دَلالةً) لأنَّه يَلزَمُ صاحِبَها مُؤنةُ الرَّدِّ، بأن يَموتَ، ولا وِلايةَ له عليه في إلزام المُؤنةِ إيّاه، فيَتقيَّدُ المُطلَقُ بهذا.

ويَرجِعُ هذا إلى أَصلٍ لأبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن مُطلَقَ اللَّفظِ لا يَتقَيَّدُ بالعُرف إذا كان فيه أَدنى تَرَدُّدٍ.

العُرفُ إذا كان مُشتَرَكًا، لا يُقيِّدُ بما بَيَّنّا، والعُرفُ هنا[3] مُشتَرَكٌ[4]، فقد يَكونُ قَصدُه أن يَحمِلَ المالَ إليه، خُصوصًا إذا سافَرَ إلى البَلَد الذي فيه صاحِبُه.

وإذا أَودَعَ رَجُلانِ عند رَجُلٍ وَديعةً، ثم حَضَر أَحدُهما وطَلَب نَصيبَه منها: لم يَدفَع إليه شيئًا[5] حتى يَحضُرَ الآخَرُ.

= واستحسن محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ فقال: إذا قربت المسافة فله أن يسافر بها، وإذا بعدت المسافة فليس له ذلك؛ لأنه يعظم الضرر والمؤنة على صاحبها عند بعد المسافة إذا أراد ردها. «المبسوط» ١١/ ١٢٢.

(١) في (هـ): الأجرة.

(٢) مثبتة من (ز).

(٣) في (و): هناك.

(٤) في الأصل: وأبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ يقول: العرف هنا مشترك...

(٥) في (أ) و(ب) ونسخة في (ج): شيءٌ.

(وإذا أَودَع رَجُلان...) إلى آخِرها[١]: ذَكَر في «الهِداية» الخِلافَ في المَكيل والمَوزونِ، وذَكَر في «المَبسوط» الخِلافَ في الثِّياب والعَبيدِ أيضًا[٢].

وقالا: يَدفَعُ إليه نَصيبَه؛ لأنه مِلكُه.

قَولُه: (لأنَّه مِلكُه) أي نَصيبُه مِلكُه حَقيقةً، فلا يَتعذَّرُ عليه قَبضُ نَصيبِه بسَبَب غَيبةِ الآخَرِ، كالشَّريكَين في الدَّين[٣] إذا حَضَر أحدُهما[٤].

---

(١) في (ز): آخره.

(٢) قال في «الهداية» ٣/ ٢١٥: والخلاف في المكيل والموزون، وهو المراد بالمذكور في «المختصر». انتهى. وقال في «العناية» ٨/ ٤٩١: وذكر رواية «الجامع الصغير» ليدل بوضعه على أن المراد بموضع الخلاف المذكور في «مختصر» القدوري من قوله: وديعة المكيل والموزون؛ لأن المذكور فيه الألف وهو موزون، وذكر محمد الخلاف فيما يقسم وما لا يقسم.

قال في «الفوائد الظهيرية»: إن الأول هو الصحيح، حتى إذا كانت الوديعة من الثياب والدواب والعبيد لم يكن له أن يأخذ نصيبه بالإجماع، وحكاية الحَمّامي في المسألة مشهورة... إلخ.

وقال في «الفتح» ٨/ ٤٩٢: أقول: فيه بحث؛ إذ ليس فيما ذكره من رواية «الجامع الصغير» ما يشعر بحصر وضع المسألة فيما يقسم حتى يدل به على أن موضع الخلاف هو المكيل والموزون.

قوله: لأن المذكور فيه الألف وهو موزون: ليس بشيء؛ إذ لا شك أن الألف إنما ذكر فيه على سبيل التمثيل لا الحصر، كيف ولو أفاد بذلك الحصر لكان وضع المسألة المذكورة فيه غير متناول للمكيل أصلًا بمقتضى قوله: وهو موزون، ولا للموزون الذي هو غير الألف، فيفوت المطلوب... إلخ.

(٣) في (و): الدار.

(٤) فإن له أن يطالب المديون بنصيبه؛ وهذا لأنه يجب دفع الضرر عن الحاضر كما يجب دفع الضرر عن الغائب، وإنما يندفع الضرر عنهما فيما قلنا، بأن يقسم فيدفع إلى الحاضر نصيبه، ليندفع الضرر عنه، ثم لا تنفذ قسمته على الغائب، حتى إذا هلك الباقي في يده، ثم حضر الغائب: كان له أن يشارك الحاضر فيما قبض دفعًا للضرر عنه. =

ولأبي حنيفة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ: أنه مَأمورٌ بالحِفظ لا بالقِسمة.

قَولُه: (لأَنَّه مَأمورٌ بالحِفظ لا بالقِسمة) بَيانُه: أَنَّه لو دَفَع شيئًا إلى الحاضِر فإمّا أن يَكونَ المَدفوعُ من النَّصيبين، أو نَصيبَ الحاضِرِ خاصّةً، لا يَجوزُ الثّاني؛ لأنَّ ذلك لا يكونُ إلا بعد قِسمةٍ مُعتبَرةٍ، والمودَعُ ليس بمَأمورٍ بالقِسمة، ولا يَجوزُ الأوَّلُ أيضًا؛ لأنَّ تَسليمَ نَصيبِ الغائِبِ إلى الحاضِر لا يَجوزُ، بخِلاف الدَّينِ المُشتَرَكِ؛ لأنَّ المَديونَ يَتصرَّفُ في مِلك نَفسِه؛ لأنَّ الدُّيونَ تُقضَى بأمثالها.

وفي المَسألة حِكايةٌ مَعروفةٌ[1].

= هذا في المكيل والموزون واضح، فإن الحاضر له أن ينفرد بأخذ نصيبه منهما مع غيبة الآخر، فكذلك للمودع أن يدفع نصيبه إليه، وقد بينا نظيره في مال المفقود.

ومذهب أبي حنيفة مروي عن علي، والمعنى فيه أنه لو دفع شيئًا إلى الحاضر: فإما أن يكون المدفوع من نصيبهما جميعًا، أو نصيب الحاضر خاصة، ولا يمكن أن يجعل ذلك من نصيب الحاضر خاصة؛ لأن ذلك لا يكون إلا بعد قسمة معتبرة، وليس للمودع ولاية على الغائب في القسمة، فلم يبق إلا أن يكون المدفوع من النصيبين، ودفع مال الغير إلى الغير يكون جنايةً، فلا يكون للمودع أن يباشر ذلك، ولا يأمره القاضي به، والحاضر وإن كان يتضرر بهذا فقد رضي بالتزام هذا الضرر حين ساعد شريكه على الإيداع قبل القسمة، وإن كان يتمكن هو من أخذه فكذلك لا يدل على أنه يكون للمودع أن يدفع إليه.

ألا ترى أن صاحب الدين إذا طالب المودع بقضاء دينه من الوديعة لم يؤمر المودع بذلك، ولو ظفر به وهو من جنس حقه كان له أن يأخذه، وهذا بخلاف الدين؛ لأن المديون إنما يقضي بالدين من ملك نفسه، فدفعه نصيب الآخر إليه تصرف في ملكه، وليس فيه قسمة على الغائب؛ فلهذا يؤمر، بخلاف ما نحن فيه. «المبسوط» ١١/ ١٢٤.

(١) وقد ذكرت هذه الحكاية في نسخة الأصل، حيث قال: وقعت هذه المسألة زمن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، أودع رجلان عند حَمّامي كيسًا، ثم خرج أحدهما من الحمام وأخذ الكيس وذهب، ثم=

وإذا أَودَع رَجُلٌ عند رَجُلين شَيئًا مما يُقسَم: لم يَجُز أن يَدفَعَ أحدُهما إلى الآخَر؛ ولكنَّهما يَقسِمانه، فيَحفَظُ كلٌّ واحِدٍ منهما نِصفَه؛ لأنه أَمكَنَهُما الحِفظُ، وقد أُمِرا به.

قَولُه: (لأنَّه أمكنَهما الحِفظُ، وقد أُمِرا به) أي أنَّهما أُمِرا بالحِفظ، وهو مُمكِنٌ بالقِسمة، بأن يَحفَظَ كلٌّ واحِدٍ منهما نِصفَه، فهو بالدَّفع تَرَكَ الحِفظَ المُلتزَمَ، فيَضمَنُ.

وإن كان مما لا يُقسَم: جاز أن يَحفَظَ أحدُهما بإذن الآخَر؛ لأنه لا يُمكِنُهما الاجتِماعُ عليه عامّةَ الدَّهر، فيكونُ المالكُ راضِيًا بالتَّهايُؤ، أو بتفرُّدِ أحدِهما.

الهَيئةُ: هي الحالةُ الظَّاهِرةُ للمُتَهيِّء[1]، والتَّهايُؤُ تفاعَلٌ منها.

وهو: أن يَتواضَعوا على أمرٍ، فيتَراضَوا به.

=خرج الآخر وطلب الكيس، فقال الحمامي: أخذ صاحبك، فقال: الكيس كان لي، فأراد تضمين الحمامي، فرجع الحمامي إلى العلماء فأفتوا بوجوب الضمان، فتحير الحمامي، فرجع إلى أبي حنيفة وقصَّ عليه القَصَصَ، قال: لا تخف، قل للطالب: الكيس عندي، لكن أحضر صاحبك فقال [كذا] حتى أعطيكه، لأنه ربما يحضر صاحبك ويقول: الكيس كان لي. انتهى.

وقد عزا المصنف رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ مثل هذه القصة لسيدنا علي رضي الله تعالى عنه، حيث قال: ومَذهَبُه مَرويٌّ عن عليٍّ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ. انتهى، وقال محققه في «الشافي الحنفي» ثمة: روى ابن أبي شيبة (٢٣٢٧١) عن زاذان قال: استودع رجلان امرأة وديعةً وقالا لها: لا تدفعيها لواحد منا حتى نجتمع عندك، ثم انطلقا فغابا، فجاء أحدهما إليها فقال: أعطيني وديعتي فإن صاحبي قد مات، فأبت حتى كثر اختلافه إليها ثم أعطته، فجاء الآخر بعد فقال: هاتي وديعتي، فقالت: قد جاء صاحبك فذكر أنك قد مت، فأخذ وديعتكما مني، فارتفعا إلى عمر، فلما قصا عليه القصة، قال لها عمر: ما أراك إلا قد ضمنت، قالت المرأة: يا أمير المؤمنين! اجعل عليًّا بيني وبينه، قال لعلي: اقض بينهما يا علي، قال علي: هذه الوديعة عندي، وقد أمرناها ألا تدفع إلى واحد منكما حتى تجتمعا عندها، فأْت بصاحبك. فلم يُضَمِّنْها. قال: فرأوا أنهما أرادا أن يذهبا بمال المرأة.

(١) في (و): للمهيء.

وحَقيقَتُه: أنَّ كُلًّا منهم يَرضى بحالةٍ واحِدةٍ ويَختارُها.

وإذا قال صاحِبُ الوَديعةِ للمودَع: (لا تُسَلِّمْها إلى زَوجَتك)، فسَلَّمها إليها: لم يَضمن؛ لأنه لا يُفيد.

ولو قال: (احفَظْها في هذا البَيت)، فحَفِظها في بيتٍ آخرَ من الدّار: لم يَضمن، وإن حَفِظها في دارٍ أُخرى: ضمن؛ لأنه يُفيد؛ لأن الدّارَين يَتفاوَتان بالحِفظ، والله أعلم.

(وإن قال صاحِبُ الوَديعةِ...) إلى آخِرها[1]: هذا إذا لم يَكُن له امرأةٌ سِوى التي نَهاه عن الدَّفع إليها، والوَديعةُ مِمّا يُحفَظ على أيدي النِّساءِ.

الأصلُ أنَّ كَلامَه إذا كان مُفيدًا يُعتبَرُ، وإلا فلا، ألا ترى أنَّه لو قال: (احفَظها بيَمينِك دون يَسارِك) لا يُعتبَرُ؛ لأنَّه غيرُ مُفيدٍ! إذا ثَبَت هذا فنَقولُ[2]:

البيتانِ في دارٍ واحِدةٍ لا يَتفاوَتان في مَعنى الحِرزيّةِ؛ لأنَّ الكُلَّ حِرزٌ واحِدٌ، ألا ترى أنَّ السّارِقَ إذا أَخرَج المَتاعَ من أَحَد البَيتَين إلى البَيت الآخَرِ: لم يُقطَع إذا أَخَذ قبل أن يُخرِجَه من الحِرز!

إلا إذا كان بالبَيت الذي نَهاه عن الحِفظ فيه عَورةٌ ظاهِرةٌ، فإنَّه يَصِحُّ الشَّرطُ هناك.

فأمّا الدّاران تَتفاوَتان في الحِرز، فكان تَقييدُه بالدّار مُفيدًا، واللهُ أعلَمُ.

---

(١) في (ز): آخره.

(٢) في نسخة الأصل زيادة قبل المقول الآتي، وهي: فنقول: الوديعةُ مما يُحفظ بأيدي مَن في البيت، فلا بُدَّ من تسليمها إليها، وكذا يُحتاج إلى إعلامها بالوديعة؛ لأنه لو لم يُعلِمْها ربما يموتُ فتضيعُ الوديعةُ، وتبقى في تَبِعَتِه، فلا يكون النهيُ مفيدًا، فلا يُعتبر، وكذا البيتانِ... إلخ.

كتابُ العاريّة

كتاب العارِيّة

العارِيّةُ: تَمليكُ المَنفَعةِ بغير عِوَضٍ.

سُمِّيت عارِيّةً: لتَعرِّيها عن العِوَض، فإنَّها مع العَرِيّةِ[1] اشتُقَّتا من شيءٍ واحِدٍ، وهي تَمليكُ الثِّمارِ بغَير عِوَضٍ، والعارِيّةُ في المَنفَعة كذلك.

وكان[2] الكَرخِيُّ والشَّافعِيُّ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ يَقولان بأنَّها إباحةُ الانتِفاعِ، بدَليل أنَّه لا يُشتَرَط بَيانُ المُدّةِ، والجَهالةُ تَمنعُ صِحّةَ التَّمليكِ.

لكنّا نَقولُ: إنَّما شُرِط ذلك في المُعاوَضات لدَفع المُنازَعةِ، وذلك لا يُوجَد في العارِيّة؛ لتَمكُّنه من الاستِرداد في كلِّ وَقتٍ.

وثَمَرةُ الخِلافُ تَظهَرُ في أنَّ المُستَعيرَ لا يَملِكُ أن يُعيرَ عندَه، وعندنا يَملِكُ.

---

(١) العرية: النخلة يعريها صاحبها غيرَه ليأكل ثمرتها، فيعروها أي يأتيها، فعيلة بمعنى مفعولة، ودخلت الهاء عليها لأنه ذُهب بها مذهب الأسماء، مثل النطيحة والأكيلة، فإذا جيء بها مع النخلة حذفت الهاء، وقيل: نخلة عَرِيٌّ، كما يقال: امرأة قتيل، والجمع العرايا. «المصباح» ٢/ ٤٠٦.

(٢) في الأصل: وعند.

العارِيّةُ جائِزةٌ.

قَولُه: (العارِيّةُ جائِزةٌ) أي مُفيدةٌ للمِلك، مِن جاز السَّهمُ إذا نَفَذ.

وهي: تَمليكُ المنافِعِ بغير عِوَضٍ؛ لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «ليس على المُستعير غيرِ المُغِلِّ ضَمانٌ»(١).

وإيرادُ الحَديثِ لبَيان جَوازِ العارِيّةِ؛ لأنَّ نَفيَ الضَّمانِ عن المُستَعير غيرِ الخائِنِ لا يَكونُ بدون صِحّةِ الإعارةِ.

وتَصِحُّ بقوله: (أَعَرتُك)، و(أَطعمتُك هذه الأرض)، و(مَنحتُك هذا الثَّوبَ)، و(حَملتُك على هذه الدّابةِ)، إذا لم يُرِد به الهبةَ، و(أَخدَمتُك هذا العَبدَ)، و(داري لك سُكْنى)، و(داري لك عُمْرَى)؛ لأن هذه الألفاظَ يُرادُ بها العارِيّةُ مُطلَقةً أو مُقَيَّدةً بمَحَلٍّ في العُرف.

الإطعامُ: جَعلُ الغَيرِ طاعِمًا، فإن أُضيفَ إلى ما يُطعَم عَينُه: يُرادبه تَمليكُ العَينِ، وإن أُضيف إلى ما لا يُطعَم عينُه كالأرض: يُرادُبه أَكلُ غَلَّتِها؛ إطلاقًا لاسم المَحَلِّ على الحالِّ.

المِنحةُ: تَمليكُ غَلّةِ(٢) الشَّيءِ، مع إبقاء(٣) رَقَبتِه على مِلكه، يُقالُ: مَنحتُكَ هذه الجارِيةَ، أو هذه الشَّجرةَ، يُرادُ به تَمليكُ الغَلّةِ التي تَتولَّدُ منه.

---

(١) روى الدارقطني (٢٩٦١): عن عمرو بن عبد الجبار، عن عبيدة بن حسان، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «ليس على المستعير غير المغل ضمان، ولا على المستودَع غير المغل ضمان». قال الدارقطني: عمرو وعبيدة ضعيفان، وإنما يروى عن شريح القاضي غير مرفوع. ثم رواه عن شريح. ورواه البيهقي (١١٤٨٦).

(٢) سقطت من (و).

(٣) في (و): بقاء.

قَولُه: (إذا لم يُرِد به الهِبةَ) الضَّميرُ يَرجِعُ إلى اللَّفظَين[1] على تَأويل المَذكورِ، كما في قَوله تعالى: ﴿عَوَانٌۢ بَيۡنَ ذَٰلِكَ﴾[2] [البَقَرة:٦٨].

فإن قيل: إنَّ هذَين اللَّفظَين لا يَخلو: إمّا أن يكونَا لتَمليك العَينِ حَقيقةً، أو لتَمليك المَنفَعةِ مَجازًا، أو على العَكس، أو يكونَ كلاهما حَقيقةً لهما..

لا يَجوزُ الأوَّلُ؛ لأنَّ عند عدَمِ إرادةِ الحَقيقةِ لا يُصارُ إلى المَجاز.

ولا يَجوزُ الثَّاني أيضًا؛ لأنّه حينئذٍ يكونُ مُطلَقُ الكَلامِ مَحمولًا على العارِيّة، فلا يَحتاجُ إلى قَوله: (إذا لم يُرِد به الهِبةَ).

ولا يَجوزُ الثَّالِثُ أيضًا؛ لأنَّه حينئذٍ يُحتاجُ إلى نِيّة أحد المُحتَمِلَين ليتَرَجَّح على الآخَر.

قُلنا: جاز أن يَكونا لتَمليك العَينِ حَقيقةً، ولتَمليك المَنفَعةِ مَجازًا، وإلى هذا مال صاحِبُ «الهِدايةِ» في كِتاب العارِيّةِ[3]، ويَكونُ التَّقديرُ: إذا لم يُرِد به الهِبةَ وأراد العارِيّةَ.

ويَحتَمِلُ أن يكونَ لتَمليك المَنفَعةِ حَقيقةً، ولتَمليك العَينَ مَجازًا، وإليه أشار فَخرُ الإسلامِ رَحِمَهُ اللَّهُ في «مَبسوطِه»، وصاحِبُ «الهِداية» في كِتاب الهِبةِ[4]، ويَكونُ

(١) أي لفظي المنح والإركاب.

(٢) تقدم الكلام في هذا.

(٣) حيث قال ٣/ ٢١٨: قال: وتصح بقوله أعرتك؛ لأنه صريح فيه، وأطعمتك هذه الأرض؛ لأنه مستعمل فيه، ومنحتك هذا الثوب، وحملتك على هذه الدابة، إذا لم يرد به الهبة؛ لأنهما لتمليك العين، وعند عدم إرادته الهبة تحمل على تمليك المنافع تجوزًا. انتهى.

(٤) حيث قال ٣/ ٢٢٢: وكذا تنعقد بقوله: أطعمتك هذا الطعام، وجعلت هذا الثوب لك،=

قَولُه: (إذا لم يُرِد به الهِبةَ) للتَّأكيد.

ويَحتَمِلُ أن يَكونَ المَعنيان حَقيقةً لهما، وإنَّما تَرجَّح أحدُهما: لأنَّها أدنى الأمرَين، فيُحمَل عليه للتَّيقُّن به.

(داري لك) يَحتَمِلُ تَمليكَ العَينِ وتَمليكَ المَنفَعةِ، وقَولُه: (سُكْنى) مُحكَمٌ في العارِيّة، فيُحمَل المُحتَمِلُ على المُحكَمِ، كقَوله: (تَزوَّجتُكِ إلى عَشَرة أيّامٍ)(١).

(دراي لك عُمْرى) أي مُدّةَ عُمُرِك، فكأنّه جَعَل سُكناها له مُدّةَ عُمُرِه.

(لأنَّ هذه الألفاظَ يُرادُ بها العارِيّةُ مُطلَقةً) بأن قال: (أعَرتُك)؛ لأنَّه صَريحٌ فيه، أو مُقيّدةً بمَحَلٍّ، نحوَ قَولِه: (أطعَمتُكَ هذه الأرضَ).

وللمُعير أن يَرجِعَ في العارِيّة متى شاء؛ لأنها تَمليكُ المَنافِع؛ فبالإضافة إلى المَنافِع التي لم تَحصُل يكون امتناعًا من التَّمليك.

قَولُه: (لأنَّها تَمليكُ المَنافِعِ بغير عِوَضٍ...) إلى آخِره: أي إنَّها تَمليكُ المَنافِعِ،

=وأعمرتك هذا الشيء، وحملتك على هذه الدابة، إذا نوى بالحملان الهبة، أما الأول: فلأن الإطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين، بخلاف ما إذا قال: أطعمتك هذه الأرض حيث تكون عارية؛ لأن عينها لا تطعم، فيكون المراد أكل غلتها، وأما الثاني: فلأن حرف اللام للتمليك، وأما الثالث: فلقوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «فمن أعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده»، وكذا إذا قال: جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا. وأما الرابع -وهو الشاهد-: فلأن الحمل هو الإركاب حقيقة، فيكون عارية، لكنه يحتمل الهبة، يقال: حمل الأمير فلانًا على فرس، ويراد به التمليك، فيحمل عليه عند نيته. انتهى.

(١) فإن لفظ التزوج محتمل للنكاح الصحيح والمؤقت، ولفظ الأيام العشرة محكم في المؤقت، فيحمل المحتمل -وهو التزوج- على المحكم -وهو التأقيت- فيبطل العقد. والله تعلى أعلم.

وإنَّها تَحدُثُ شيئًا فشيئًا، فيَثبُتُ المِلكُ فيها على حَسَب حُدوثِها، فبإضافة الرُّجوعِ إلى المَنافِعِ التي لم تُوجَد: يَكونُ الرُّجوعُ امتِناعًا عن التَّمليك، وللمُمَلِّك وِلايةُ الامتِناعِ، كما إذا وَهَب ولم يُسلِّم: كان له أن يَمتَنِعَ منه.

والعارِيَةُ أمانةٌ، إن هَلَكت من غير تَعدٍّ: لم يَضمَن.

وقال الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَضمَن؛ لأنه قَبَض لنَفسه، كالمَقبوض على سَوم الشِّراء.

لنا: قولُه عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ: «ليس على المُستَعير غَيرِ المُغِلِّ ضمانٌ»(١).

العارِيَةُ لا تُضمَنُ عندنا، سَواءٌ هَلَكت من استِعماله، أوْ لا من استِعماله.

وعند الشافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إن هَلَكت من الاستِعمال المُعتادِ: لم يَضمَن، وإنْ هَلَكت لا من الاستِعمالِ المُعتادِ: ضَمِن قيمَتَها للمالك.

قَولُه: (لأَنَّه قَبَض لنَفسه) أي قَبَض مالَ الغَيرِ لنَفسه لا عن استِحقاقٍ تَقدَّم، فيَضمَنُ

(كالمَقبوض على سَوم الشِّراءِ) وهو أن يَأخُذَ المُشتَري من البائِع الثَّوبَ قبل حُصولِ الإيجابِ والقَبولِ، بعدما تَقرَّر ثَمَنُه.

بخِلاف المُودَع والدَّائِنِ؛ لأنَّ الأَوَّلَ قَبَض للمالِك لا لنَفسه، والثَّاني قَبَض لنَفسه عن استِحقاقٍ.

ولنا: أنه قَبَض العَينَ للانتِفاع به بإذنٍ صَحيحٍ، فلا يَكونُ مَضمونًا عليه، كالمُستأجَر.

---

(١) تقدم آنفًا.

والمَقبوضُ على سَوم الشِّراءِ مَضمونٌ بالعَقد؛ لأنَّ الأخذَ في العَقد له حُكمُ العَقدِ، ولأنَّ المالِكَ ما رَضِي بقَبضه إلا بجِهة العَقدِ، ففيما وراءَه كان كالمَقبوض بغير إذنِه[١].

وليس للمُستَعير أن يُؤجِرَ ما استَعاره؛ لأن المُعيرَ لا يَرضى به[٢].

قَولُه: (لأنَّ المُعيرَ لا يَرضى به) لأنَّه مَلَكه على وَجهٍ يَتمكَّنُ من الاستِرداد متى شاء، ولو صَحَّحنا الإجارةَ: لا يَتمكَّنُ من الاستِرداد؛ لوُقوعه لازِمًا؛ لأنَّه حينئذٍ يَكونُ بتَسليطٍ من المُعير.

وله أن يُعيرَه إذا كان مما لا يَختَلِفُ باختِلاف المُستعمِل؛ لأن المُستعيرَ مَلَك المَنفعةَ فله الخِيارُ في الاستِيفاء.

قَولُه: (مما لا يَختَلِف باختِلاف المُستَعمِلِ) كسُكنى الدّارِ وخِدمةِ العَبدِ.

وما يَختَلِفُ باختِلاف المُستَعمِلِ: كاللُّبس والرُّكوب، فلُبس القَصّارِ والدَّبّاغِ لا يَكونُ كلُبس البَزّازِ والعَطّارِ.

وعارِيّةُ الدَّراهِم، والدَّنانيرِ، والمَكيلِ، والمَوزونِ: قَرضٌ؛ لأنه لا يُنتَفَعُ بها عادةً إلا باستِهلاك العَين.

الإعارةُ إذنٌ في الانتِفاع مع بَقاء العَينِ، ولا يَتأتّى الانتِفاعُ بالنُّقود إلا باستِهلاك عينِها، فاقتَضى تَمليكَ[٣] العَينِ ضَرورةً، وذلك بالهِبة[٤] أو القَرض، والقَرضُ

(١) في (و): أمره.

(٢) في (ب) زيادة هنا: (وله أن يُعيرَه إذا كانت مُطلَقةً، وإذا كان مُقَيَّدةً).

(٣) في (ز): تملك.

(٤) في (ز): ذلك بملك الهبة.

أدناهما، فيَثبُتُ؛ إذ هو يُوجِبُ المِثلَ، والهِبةُ لا توجِبُه.

قَولُه: (عادةً) هذا احتِرازٌ عمّا إذا استعار صَيرَفِيٌّ دراهِمَ ليَتجَمَّل بها في حانوته، أو ليُعيِّرَ بها سَنْجاتِه[1]، فإنَّه لا يَكونُ قَرضًا؛ لتَعيُّن جِهةِ الانتِفاعِ بها مع بَقاء العَينِ.

رَجُلٌ استَعار أَرضًا ليَبنيَ فيها أو يَغرِس: جاز؛ وللمُعير أن يَرجِعَ فيها، ويُكَلِّفَه قَلْعَ البِناءِ والغِرس؛ لأن المَنافِعَ لم تُملَك بَعدُ.

فإن لم يكن وَقَّت العارِيّةَ: فلا ضمانَ عليه.

وإن كان وَقَّت العارِيّةَ فرَجَع قبل الوَقت: ضَمِن المُعيرُ ما نَقَص البِناءُ والغِرسُ بالقَلع؛ لأن المُعيرَ غَرَّه.

قَولُه: (لأنَّ المُعيرَ غَرَّه) لأنَّه نَصَّ على تَركِ الأرضِ في يَدِه في المُدّة المُسَمّاةِ، والظّاهِرُ الوَفاءُ بالعَهد، فإذا لم يَفِ بذلك: صار غارًّا له، وللمَغرور أن يَدفِعَ الضَّرَرَ عن نَفسه بالرُّجوع على الغارِّ، بخِلاف ما إذا أَطلَق، فهناك لم يَصِر المُعيرُ غارًّا له، ولكنَّ المُستَعيرَ مُغترٌّ؛ حيث ظَنَّ أنَّه بمُطلَق العَقدِ يَترُكُها في يَده مُدّةً طَويلةً؛ لأنَّه المُنتَفِعُ به، فيَجِبُ عليه رَدُّه، وللآجِر مُؤنةُ الرَّدِّ، فيَكونُ عليه.

وأُجرةُ رَدِّ العارِيَةِ على المُستَعير؛ لأنه المُنتَفِعُ بِها.

وأُجرةُ رَدِّ العَينِ المُستَأجَرةِ على الآجِر؛ لأن المَنفعةَ تَحقَّقت له.

(1) قال في «المصباح» 1/291: سَنجةُ الميزان، مُعَرّب، والجمع سنجات، مثل سجدة وسجدات، وسِنَج أيضًا، مثل قصعة وقِصَع، قال الأزهري: قال الفراء: هي بالسين، ولا تقال بالصاد، وعكس ابن السِّكِّيت وتبعه ابن قتيبة، فقالا: صنجة الميزان بالصاد ولا يقال بالسين، وفي نسخة من «التهذيب»: سنجة وصَنجة والسين أعربُ وأفصح، فهما لغتان، وأما كون السين أفصح: فلأن الصاد والجيم لا يجتمعان في كلمة عربية.

(لأنَّ المَنفعةَ تَحقَّقت له) أي من حيث المَعنى، فلا يَكونُ على المُستأجِر مُؤنةُ رَدِّه.

وأُجرةُ رَدِّ العَينِ المَغصوبةِ على الغاصِب؛ لأن عليه أن يُعيدَه إلى الحالة الأُولى؛ دَفعًا للضَّرر على المالِك.

قَولُه: (لأنَّ عليه أن يُعيدَه إلى الحالة الأولى) أي الرَّدُّ واجِبٌ على الغاصِب بقَوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «على اليَد ما أَخَذت حتى تَرُدَّ»(1)، فيَكونُ مُؤنةُ الرَّدِّ -وهو الأجرةُ- عليه.

ومَن استَعار دَابّةً فرَدَّها إلى إصطَبلِ مالِكها فهلَكت: لم يَضمَن؛ لأن الدّابّةَ هكذا تُرَدّ.

(ولو رَدَّ الدَّابّةَ) أي المُستَعيرُ.

قَولُه: (لأنَّ الدَّابّةَ هكذا تُرَدُّ) المُعتادُ بأن يَأخُذَ المُستَعيرُ الدَّابّةَ من مَربَطها، ويَرُدَّها إلى مَربَطها، فيَثبُتُ الإذنُ من جِهة صاحِبِها دَلالةً.

وإن استَعار عَينًا فرَدَّها إلى دار المالِك ولم يُسَلِّمْها إليه: لم يَضمَن، وكذلك المُستأجِرُ إذا رَدَّها إلى دار المُؤجِرِ لم يَضمَن.

وإن رَدَّ الوَديعةَ إلى دار المالِك ولم يُسَلِّمْها إليه: ضَمِن؛ لأن الوَديعةَ تُرَدُّ إلى المالِك عُرفًا.

(وإن رَدَّ العارِيّة(2)) هذه عامّةٌ، وما قبلَه خاصٌّ(3) في الدَّابّة.

---

(1) رواه الإمام أحمد (٢٠١٣١)، وأبو داود (٣٥٦١)، والترمذي (١٢٦٦)، والنسائي في «الكبرى» (٥٧٥١)، وابن ماجه (٢٤٠٠).

(2) في (ز): العين.

(3) في (و): خاصة.

المُعتادُ رَدُّ الوَدائِعِ إلى المُلّاك، فإنَّ صاحِبَها لا يَرضى برَدِّها إلى الدَّار، ولا إلى يد مَن في عِياله؛ لأنَّه لو ارتَضاه لَمَا أَودَعها[1] إيّاهُ.

❁❁❁

الاصطِيادُ سَبَبٌ للمِلك[2] كالاستِعارة، فيَتناسَبان، واللهُ أعلَمُ.

(١) في (و): أودعه.

(٢) في (ز): الملك.

كتابُ الصّيدِ والذّبائحِ

كتابُ الصَّيدِ والذَّبائحِ

الصَّيدُ لُغةً: الاصطيادُ، ويَنطَلِقُ على ما يُصاد.

وشَرطُ ثُبوتِ المِلكِ فيه: كونُ الصَّيدِ غيرَ مَملوكٍ.

وسَبَبُ ثُبوتِ المِلكِ: الأخذُ.

وحُكمُ الاصطيادِ: ثُبوتُ المِلكِ، لا الحِلُّ؛ لأنَّه حُكمُ الذَّكاةِ.

وشَرطُ الحِلِّ: أن يكونَ الصَّائِدُ من أهل الذَّكاةِ، بأن يَعقِلَ الذَّبحَ والتَّسميةَ، حتى لا يُؤكَلُ صَيدُ الصَّبيِّ والمَجنونِ إذا كانا لا يَعقِلان الذَّبحَ والتَّسميةَ.

وأن يكونَ له مِلّةُ التَّوحيد دعوًى واعتِقادًا، كالمُسلِم، أو دَعوًى لا اعتِقادًا، كالكِتابيِّ.

يَجوزُ الاصطيادُ بالكَلب المُعَلَّم، والفَهد، والبازِيِّ، وسائِرِ الجَوارِحِ المُعَلَّمة؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ ٱللَّهُ فَكُلُوا۟ مِمَّآ أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ [المائدة:٤].

سَأل عَدِيُّ بنُ حاتِمٍ رسولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: إنّا نَصيدُ بالكِلاب والبُزاةِ[1]، وقد حَرَّم اللهُ تعالى المَيْتَةَ، فماذا يَحِلُّ لنا منها؟ فنزَل قَولُه تعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ مَاذَآ أُحِلَّ لَهُمْۖ قُلْ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ﴾[2] [المائدة: ٤]، أي ما ليس بخَبيثٍ منها، وهو كلُّ ما لم يَأتِ تَحريمُه في كِتاب اللهِ تعالى، أو سُنّةِ رَسولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

﴿وَمَا عَلَّمْتُم﴾ أي وصَيدُ ما علَّمتُم من الجَوارح، وهي الكَواسِبُ[3] من الطَّير والكِلابِ.

﴿مُكَلِّبِينَ﴾ مُعلِّمين إيّاها الصَّيدَ.

﴿تُعَلِّمُونَهُنَّ﴾ تُؤَدِّبونهنَّ بطَلَبِ الصَّيدِ، و﴿تُعَلِّمُونَهُنَّ﴾ حالٌ ثانيةٌ، أو استِئنافٌ.

﴿مِمَّا عَلَّمَكُمُ ٱللَّهُۖ﴾ من عِلم التَّكليبِ.

﴿فَكُلُواْ مِمَّآ أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ أي حَبَسن عليكم، أي هذه الجَوارِحُ.

---

(١) بزا يبزو: إذا غلب، ومنه اشتقاق البازي، وزان القاضي، فيعرب إعراب المنقوص، والجمع بزاة، مثل: قاض وقضاة، والباز وزان الباب: لغة، فتعرب الزاي بالحركات الثلاث، ويجمع على أبواز، مثل: باب وأبواب، وبيزان أيضًا مثل: نار ونيران، وعلى هذه اللغة فأصله بوز، قال الزجاج: والباز مذكر لا خلاف فيه. «المصباح» ١/ ٤٨.

(٢) عزاه في «الدر المنثور» ٣/ ٢٣ لابن أبي حاتم.

وروى الإمام أحمد (١٨٢٥٨) في حديث طويل عن عدي بن حاتم رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قال: قلت: يا رسول الله! إنا قوم نتصيد بهذه الكلاب والبزاة، فما يحل لنا منها؟ قال: «يحل لكم ما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله، فكلوا مما أمسكن عليكم، واذكروا اسم الله عليه، فما علمت من كلب أو باز ثم أرسلت وذكرت اسم الله عليه: فكل مما أمسك عليك».

(٣) الكواسب: الجوارح. «المختار» ص٢٦٩. وجرح واجترح: عمل بيده واكتسب، ومنه قيل لكواسب الطير والسباع جوارح، جمع جارحة؛ لأنها تكتسب بيدها. «المصباح» ١/ ٩٥.

قَولُه: (وسائرِ الجَوارِحِ المُعلَّمةِ) مثلَ الصَّقرِ والشَّاهين وأمثالِهما.

وتَعليمُ الكَلب: أن يَترُكَ الأَكلَ ثَلاثَ مَرّاتٍ؛ لأن العِلمَ بتَركِ العادة يُعرَف.

وتَعليمُ البازِيِّ: أن يَرجِعَ إلى مالِكه إذا دَعاه؛ لأن عادَتَه النِّفارُ، فإن تَرَكَ عادَتَه عُرِف أَثَرُ عِلمِه.

(لأنَّ العِلمَ[1] بتَركِ العادَةِ يُعرَف) أي آيةُ العِلمِ تَركُ العادةِ، والكَلبُ أَلوفٌ يَعتادُ الانتِهابَ، فيَكونُ تَركُ عادَتِه في تَركِ الانتِهابِ.

وحَقيقةُ الفِقهِ فيه: أنَّ العِلمَ والجَهلَ في هذه الحَيَوانات ممّا لا يُوقَف عليه، فيُقامُ السَّبَبُ الظَّاهِرُ مُقامَهُما، فأُقيم تَبدُّلُ جَميعِ العادةِ الأَصليّةِ مُقامَ العِلمِ، والجَريُ على العادةِ الأَصليّةِ مُقامَ الجَهلِ، وذلك بتَركِ الأكلِ والإمساكِ على صاحِبه.

وإذا أَرسَل كَلبَه المُعَلَّمَ أو بازِيَّه، وذَكَر اسمَ اللهِ تعالى عليه عند إرساله، فأَخَذ الصَّيدَ وجَرَح فمات: حَلَّ أَكلُه؛ لقوله تعالى: ﴿فَكُلُواْ مِمَّآ أَمۡسَكۡنَ عَلَيۡكُمۡ﴾ [المائدة: ٤].

وإن أَكَل منه الكَلبُ: لم يُؤكَل؛ لأنه وافَق عادَتَه.

وإن أَكَل منه البازِيُّ: أُكِل.

قَولُه: (وإن أَكَل منه البازِيُّ: أُكِل) لأنَّه لا يُعلَم به أنَّه تَرَك عادَتَه، فلا يَخرُجُ من أن يَكونَ مُعلَّمًا، وهذ لأنَّ تَعليمَه بتَركِ الأكلِ لا يُمكِنُ؛ لأنَّه لا يَكونُ إلا بالضَّرب حالةَ الأكلِ، وبَدَنُ البازِيِّ لا يَحتمِلُ ذلك، فاكتُفي بالإجابة.

ثم شُرِط تَركُ الأكلِ ثلاثًا: لأنَّه مُدّةٌ ضُرِبت للاختِبار وإبلاءِ الأعذارِ، كما في مُدّة

---

(١) في (و): المعلم.

الخِيارِ[١]، وفي بعض قَصَصِ الأَخيار[٢].

وشُرِط الإرسالُ: لأنَّه إذا لم يُرسِله: يكونُ قَتيلَ[٣] الكَلبِ، من غير نِسبةٍ إلى الآدميِّ، فيكونُ حَرامًا.

واعلَم أنَّ الجَرحَ شَرطٌ في ظاهِر الرِّوايةِ، بظاهِر قَولِه تعالى: ﴿مِّنَ ٱلۡجَوَارِحِ﴾ [المائدة: ٤]، لأنَّها الكَواسِبُ في تَأويلٍ[٤]، وفي قَولٍ: هي التي تَجرَحُ[٥]، فيُحمَل على الجارِح الكاسِبِ بنابِه ومِخلَبِه؛ لأنه لا تَنافِيَ، وفيه أَخْذُ[٦] الجَرحِ بيَقينٍ.

وإن أَدركَ المُرسِلُ الصَّيدَ حَيًّا: وَجَب عليه أن يُذَكِّيَه؛ لأنه قَدَر على الذَّكاة الاختِيارِيّة، فلا يَحِلُّ بالذَّكاة الاضطِراريّة؛ لأن ذَكاةَ الاضطِرارِ لا تُزيلُ كُلَّ الدَّمِ.

وإن تَرَكَ تَزكِيَته حتى مات: لم يُؤكَل.

قَولُه: (فلا يَحِلُّ بذَكاة الاضطِرارِ) لأنَّه كالبَدل من ذَكاة الاختِيارِ؛ إذ لا يُصارُ إليه إلا عند العَجزِ عن الأوَّل، وهذا آيةُ كَونِه بَدَلًا؛ لأنَّ ذَكاةَ الاختِيارِ أعمَلُ في إخراج الدَّمِ؛ لأنَّه في مَجمَع العُروقِ، والثّاني أقصَرُ فيه، فاكتُفِي به عند العَجزِ عن

---

(١) أي خيار الشرط.

(٢) أراد بذلك قصة موسى وما كان بينه وبين الخضر عليهما الصلاة والسلام، حيث قال موسى للخضر في المرة الثالثة: ﴿إِن سَأَلۡتُكَ عَن شَيۡءِۭ بَعۡدَهَا فَلَا تُصَٰحِبۡنِي﴾. «البناية» ١٢/ ٤١٣.
وقصة صالح عَلَيۡهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: كما قال الله تعالى: ﴿فَعَقَرُوهَا فَقَالَ تَمَتَّعُواْ فِي دَارِكُمۡ ثَلَٰثَةَ أَيَّامٖۖ ذَٰلِكَ وَعۡدٌ غَيۡرُ مَكۡذُوبٖ﴾. وانظر «العناية» ٩/ ٢٠٦.

(٣) في (و): قتل.

(٤) فسره بذلك إمام الهدى في «تفسيره» ٣/ ٤٥٧، والطبري في «تفسيره» ٨/ ٩٩.

(٥) انظر المصدرين السابقين.

(٦) لم تنقط هذه الكلمة في الأصول.

ذَكاة الاختيارِ، وإذا كان هو كالبَدَل: يَبطُلُ حُكمُه عند حُصولِ القُدرةِ على الأصل.

وإن خَنقَه الكَلبُ ولم يَجرَحه: لم يُؤكَل؛ لأنه لم يُذَكَّ.

قَولُه: (لأنَّه لم يُذَكَّ) لأنَّ الذَّكاةَ اسمٌ لِفِعلِ جارِحٍ، له أثَرٌ في خُروج الدَّمِ، إلا أنَّ الكامِلَ منه ما يَقطَعُ العُروقَ التي هي مَجرى الدَّمِ، والقاصِرَ منه ما يَحصُلُ بمُجرَّد الجَرحِ، وهو ذَكاةُ الاضطِرارِ، فإذا لم يَجرَحه: فقد انعَدَم فِعلُ الذَّكاة بطَريقَته، فلا يَحِلُّ.

وإن شارَكَه كَلبٌ غيرُ مُعلَّمٍ، أو كَلبُ مَجوسيٍّ، أو كَلبٌ لم يُذكَر اسمُ الله عليه: لم يُؤكَل؛ لأنه اجتَمع سَبَبُ الحِلِّ وسَبَبُ الحُرمة.

(اجتَمَع سَبَبُ الحِلِّ والحُرمةِ) فيُغلَّب المُحرِّمُ على المُبيح؛ لقَوله ﷺ: «ما اجتَمَع الحَرامُ والحَلالُ إلا وقد غَلَب الحَرامُ الحَلالَ»[1]، وقد مَرَّ تَحقيقُه في كتاب الصَّومِ[2].

وإذا سَمّى الرَّجُلُ عند الرَّمي: أَكَل ما أَصاب إذا جَرَح السَّهمُ فمات، ولو أَدرَكه حَيًّا: ذَكّاه، وإن تَرَك تَذكِيَته: لم يُؤكَل.

---

(١) قال في «نصب الراية» ٤/ ٣١٤: هذا الحديث وجدته موقوفًا على ابن مسعود، أخرجه عبد الرازق في «مصنفه» (١٢٧٧٢) عن الشعبي قال: قال عبد الله: ما اجتمع حلال وحرام إلا غلب الحرام الحلال، قال سفيان: وذلك في الرجل يفجر بامرأة، وعنده ابنتها أو أمها، فإنه يفارقها. انتهى. قال البيهقي في «سننه» (١٣٩٦٩): رواه جابر الجعفي عن ابن مسعود، وجابر ضعيف، والشعبي عن ابن مسعود منقطع. انتهى.

(٢) عند شرح قول الماتن: (لأنه مُحرِّمٌ تَرْكَ القَضاء وذلك مبيحٌ تَرْكَ القَضاء، والأخذُ بالمحرِّم أولى).

(وإذا سَمَّى الرَّجُلُ عند الرَّمي...) إلى آخِره: هذا نَظيرُ ما تَقدَّم، وهذا في جَميع الفُصولِ، فلهذا لم يشتغل بالدَّليل.

وإذا وَقَع السَّهمُ بالصَّيد فتَحامَل حتى غاب عنه، ولم يَزَل في طَلَبه حتى أصابَه: أُكِل.

يَتحامَلُ الصَّيدُ ويَطيرُ: أي يَتكَلَّفُ في الطَّيران[1].

وإن قَعَد عن طَلَبه ثم أصابَه مَيْتًا: لم يُؤكَل؛ لقول ابن عباسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: كُلْ ما أَصمَيت، ودَعْ ما أَنمَيت[2].

(١) في (هـ): يتكلف للطيران، وفي (و): الطيران.

(٢) روي مرفوعًا وموقوفًا، أما الموقوف -كما ذكره المصنف-: فقد روى عبد الرزاق (٨٤٥٣) عن الثوري عن الأجلح عن عبد الله بن أبي الهذيل قال: كتب معي أهل الكوفة إلى ابن عباس، فلما جئته كفاني الناس مسألته، فجاءه رجل مملوك فقال: يا أبا عباس! أنا أرمي الصيد فأصمي وأنمي، فقال: ما أصميت فكل، وما توارى عنك ليلة فلا تأكل، وإني لا أدري أنت قتلته أم غيرك. (٨٤٥٥) عن معمر عن الأعمش عن مقسم عن ابن عباس قال: جاءه رجل فقال: إني أرمي الصيد فأصمي وأنمي، فقال: ما أصميت فكل، وما أنميت فلا تأكل.

ورواه أيضًا ابن أبي شيبة (١٩٦٨١) والبيهقي (١٨٩٠١) و(١٨٩٠٢) وقال إثر الأخير: وقد روي هذا من وجه آخر عن ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا مرفوعًا، وهو ضعيف.

وأما المرفوع: فقد روى الطبراني (١٢/ ٢٧) عن سعيد بن جبير عن ابن عباس: أن عبدًا أسود جاء النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: يمر بي ابن السبيل وأنا في ماشية لسيدي، فأسقي من ألبانها بغير إذنهم؟ قال: «لا»، قال: فإني أرمي فأصمي وأنمي، قال: «كل ما أصميت ودع ما أنميت».

وروى ابن أبي شيبة (١٩٦٧٨) عن موسى بن أبي عائشة عن أبي رزين قال: جاء رجل إلى النبي عَلَيْهِ السَّلَامُ بأرنب، فقال: إني رميت أرنبًا فأعجزني طلبها حتى أدركني الليل، فلم أقدر عليها حتى أصبحت، فوجدتها وفيها سهمي فقال: «أصميت أو أنميت؟»، قال: لا بل أنميت، قال: «إن الليل=

الإصماءُ: أن يَرمِيَه فيموتَ بين يَدَيه سَريعًا.

والإنماءُ: أن يَغيبَ بعدما أصابه، ثم يَموتَ.

فإن قيل: مُقتَضى الأثَرِ[1] أن لا يَحِلَّ أكلُ ما مات بعدما غاب عنه، سَواءٌ كان في طَلَبه أو لم يكن؛ لأنَّ ذلك[2] إنماءٌ.

قيل: إنَّه ما دام في طَلَبه فكأنَّه مات بين يَدَيه.

وإن رَمى صَيدًا فوَقَع في الماء، أو على سَطحٍ، أو على جَبَلٍ، ثم تَرَدّى منه إلى الأَرض: لم يُؤكَل؛ لاحتِمال المَوتِ بهذه الأَسباب.

وإن وَقَع على الأَرض ابتِداءً: أُكِل؛ لأن هذا القَدْرَ من الاحتِمال لا يُمكِنُ التَّحرُّزُ عنه.

والأصلُ في هذا: أنَّ سَبَبَ الحِلِّ والحُرمةِ إذا اجتَمعا وأمكَنَ التَّحرُّزُ عما هو سَبَبُ الحُرمةِ: تُرجَّح جِهةُ الحُرمةِ احتياطًا، وإن كان ممّا لا يُمكِنُ التَّحرُّزُ عنه: جَرى وُجوده مَجرى عَدَمِه؛ لأنَّ التَّكليفَ بحَسَب الوُسعِ.

فممّا يُمكِنُ الاحتِرازُ عنه: إذا وَقَع على جَبَلٍ فتَردّى منه إلى الأرض.

وممّا لا يُمكِنُ الاحتِرازُ عنه: إذا وَقَع على الأرض ابتِداءً.

وما أصاب المِعراضُ بعَرضِه: لم يُؤكَل؛ لأنه لم يَجرَح، وإن جَرَح: أُكِل.

=خلق من خلق الله عظيم، لا يقدر خلقه إلا الذي خلقه، لعله أعان على قتلها شيء، انبذها عنك».

(١) في (و): الأكل.

(٢) في (هـ): لأن الأكل.

المِعراضُ: السَّهمُ بلا ريشٍ، يَمضي[1] عَرْضًا، فيَصيبُ بعَرضه لا بحَدِّه.

ولا يُؤكَل ما أصابَته البُندُقة فمات بها؛ لأنه لم يُذَكَّ؛ لأن النبيَّ عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ قال: «الذَّكاةُ ما[2] أنهَر الدَّمَ وأَفْرى الأَوداجَ»[3].

البُندُقةُ: طِينةٌ مُدوَّرةٌ، يُرمى بها[4].

والأصلُ في هذا: أنَّ الذَّكاةَ اسمٌ لِما هو قاتِلٌ جَرحًا، حتى يَكونَ المَوتُ بإنهار الدَّمِ، فأمّا ما هو قاتِلٌ دَقًّا: لا يَكونُ المَوتُ فيها بإنهار الدَّمِ، فكانت مَوقوذةً[5]، وهي

---

(١) في (و): يمشي.

(٢) في (أ): بما.

(٣) لم أقف عليه بهذا اللفظ، وقريب منه ما ذكره في «الهداية»، قال في «نصب الراية» ٤/ ١٨٦: قال عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ: «كل ما أنهر الدم، وأفرى الأوداج، ما خلا الظفر والسن، فإنها مدى الحبشة»: هو ملفق من حديثين، فروى الأئمة الستة (البخاري ٥٥٤٣، ومسلم ١٩٦٨) من حديث رافع بن خديج، قال: كنّا مع النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في سفر، فقلت: يا رسول الله! إنا نكون في المغازي فلا تكون معنا مُدًى، فقال: «ما أنهر الدم، وذُكر اسم الله عليه، فكلوا، ما لم يكن سِنًّا أو ظُفُرًا، وسأحدثكم عن ذلك، أما السن فعظم، وأما الظُّفُر فمُدَى الحبشة». انتهى. أخرجوه مختصرًا، ومطوَّلًا. الثاني: رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٩٨١٠) عن رافع بن خُديج، قال: سألت رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن الذبح باللِّيطة، فقال: «كُلْ ما أفرى الأوداجَ إلا سِنًّا أو ظُفُرًا». انتهى، وتمامه فيه.

(٤) وفي «الجوهرة»: البندقة إذا كان لها حدة تجرح بها: أكل. وقال قاضي خان: لا يحل صيد البندقة والحجر والمعراض والعصا وما أشبه ذلك وإن جرح؛ لأنه لا يخرق، إلا أن يكون شيء من ذلك قد حده، وطوله كالسهم، وأمكن أن يرمي به، فإن كان كذلك وخرقه بحده: حل أكله، فأما الجرح الذي يدق في الباطن ولا يخرج في الظاهر: لا يحل؛ لأنه لا يحصل به إنهار الدم. «الشرنبلالية» ١/ ٢٧٤.

(٥) الموقوذة: التي تضرب حتى توقذ، أي تشرف على الموت ثم تترك حتى تموت، وتؤكل=

حَرامٌ بالنَّصِّ (١).

وهذا لأنَّ خُروجَ الدَّمِ شَرطٌ في الذَّكاة، ولأنَّ (٢) الدَّمَ نَجِسٌ بالنَّصِّ (٣)، وتَميزُ النَّجِسِ عن الطَّاهِرِ شَرطُ إباحةِ تناوُلِ الطَّاهِرِ، إلا أنَّه أُقيمَ الجَرحُ الخاصُّ مُقامَ خُروجِ الدَّمِ، فلا يَحِلُّ بدون الجَرح.

الذَّكاةُ: الذَّبحُ، و**الإنهارُ**: الإسالةُ بسَعةٍ وكَثرةٍ، و**الإفراءُ**: القَطعُ.

وإذا رَمى إلى صَيدٍ فقَطَع عُضوًا منه: أُكِلَ الصَّيد؛ لأنه مُذَكًّى، ولا يُؤكَل العُضوُ؛ لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «ما أُبينَ من الحَيِّ فهو مَيْتٌ» (٤).

وإن قَطَعه أَثلاثًا والأَكثرُ مما يَلي العَجُز: أُكِلَ الكُلّ، كما لو ذَبَحه أو نَحَره.

الأصلُ أنَّ المُبانَ من الحَيِّ (٥) حَقيقةً وحُكمًا لا يحِلُّ، والمُبانَ من الحَيِّ صُورةً لا حُكمًا يَحِلُّ، فنَقولُ:

=بغير ذكاة، ومنه يقال: فلان وقيذ، وقد وقذته العبادة. «غريب القرآن» لابن قتيبة ص١٢٣.

(١) قال تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ وَٱلدَّمُ وَلَحْمُ ٱلْخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ لِغَيْرِ ٱللَّهِ بِهِۦ وَٱلْمُنْخَنِقَةُ وَٱلْمَوْقُوذَةُ وَٱلْمُتَرَدِّيَةُ وَٱلنَّطِيحَةُ وَمَآ أَكَلَ ٱلسَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى ٱلنُّصُبِ وَأَن تَسْتَقْسِمُوا۟ بِٱلْأَزْلَٰمِ ذَٰلِكُمْ فِسْقٌ...﴾ الآية.

(٢) في (ز): لأن، والمثبت من (هـ).

(٣) كما ذكر في الآية السابقة.

(٤) قال في «نصب الراية» ٤/ ٣١٧: أخرجه أبو داود (٢٨٥٨)، والترمذي (١٤٨٠) عن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «ما قُطع من البهيمة وهي حية فهو ميتة». انتهى لأبي داود، ولفظ الترمذي أتم، ثم قال: قدم النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ المدينة، وهم يَجُبُّون أسنمة الإبل، ويقطعون أَلَيَات الغنم، فقال عَلَيْهِ السَّلَامُ: «ما قُطع من البهيمة وهي حية فهو ميتة». انتهى. وتمامه فيه.

(٥) في (و): من الحي صورة.

إذا قَطَع يَدًا، أو رِجلًا، أو ثَلاثةً ممّا يَلِي القوائِمَ: يَحرُمُ المُبانُ، ويَحِلُّ المُبانُ منه؛ لأنَّ المُبانَ منه حَيٌّ حَقيقةً وحُكمًا؛ إذ يَبقى الباقي حَيًّا بدونه عادةً.

ولو قَدَّه[1] بنِصفَين، أو أبان رأسَه، أو قَطَعه أثلاثًا والأكثَرُ ممّا يَلِي العَجزَ -يعني قَطَعه على وَجهٍ يَكونُ ثُلُثاه من جانِبِ العَجُزِ، وثُلُثُه من جانِبِ الرَّأسِ-: يَحِلُّ المُبانُ والمُبانُ منه؛ لأنَّ المُبانَ منه حَيٌّ صُورةً لا حُكمًا؛ لأنَّه لا يَعيشُ أحَدُ القِسمَين عادةً بدون الآخَر.

قَولُه: (كما لو ذَبَحه أو نَحَره) أي إذا ذَبَحه أو نَحَره: يَحِلُّ الأكلُ؛ لأنَّه لا يَبقى أَحَدُ القِسمَين حَيًّا بدون الآخَرِ، كذا هنا.

ولا يُؤكَل صَيدُ المَجوسيّ؛ لقوله عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ في مَجوسِ هَجَرَ: «سُنّوا بهم سُنّةَ أهلِ الكِتاب، غيرَ ناكِحي نِسائِهم، ولا آكِلي ذبائِحِهم»[2].

وكذا الوَثَنِيُّ؛ لأنه مُشرِكٌ.

وكذا المُرتَدُّ؛ لأنه لا دِينَ له.

(ولا يُؤكَل صَيدُ المَجوسِيِّ...) إلى آخِره: الأصلُ أنَّ الدِّينَ شَرطٌ لأهلِيّةِ الذَّكاةِ، حتى تَتحَقَّقَ منه تَسميةُ اللهِ تعالى، وذلك بأن يكونَ اعتِقادًا كالمُسلِم، أو دعوَى كالكِتابيّ، ولا يَدَّعي المَجوسِيُّ والوَثَنِيُّ دِينًا ومِلّةً، فانعَدَم المِلّةُ اعتِقادًا ودَعوَى.

وكذا المُرتَدُّ؛ لأنَّه لا يُقَرُّ على دِينٍ.

---

(1) القد: الشق طولًا. «المختار» ص٢٤٨. وعكسه: القَطُّ، وهو قطع الشيء عرضًا. «المختار» ص٢٥٦.

(2) رواه الإمام مالك ١/ ٢٧٨، وابن أبي شيبة (١٠٧٦٥)، والبزار (١٠٥٦)، والطبراني (١٠٥٩).

حَرامٌ بالنَّصِّ(١).

وهذا لأنَّ خُروجَ الدَّمِ شَرطٌ في الذَّكاة، ولأنَّ(٢) الدَّمَ نَجِسٌ بالنَّصِّ(٣)، وتَمييزُ النَّجِسِ عن الطَّاهِرِ شَرطُ إباحةِ تناوُلِ الطَّاهِرِ، إلا أنَّه أُقيمَ الجَرحُ الخاصُّ مُقامَ خُروجِ الدَّمِ، فلا يَحِلُّ بدون الجَرح.

الذَّكاةُ: الذَّبحُ، والإنهارُ: الإسالةُ بسَعةٍ وكَثرةٍ، والإفراءُ: القَطعُ.

وإذا رَمى إلى صَيدٍ فقَطَع عُضوًا منه: أُكِل الصَّيد؛ لأنه مُذَكًّى، ولا يُؤكَل العُضوُ؛ لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «ما أُبينَ من الحَيِّ فهو مَيْتٌ»(٤).

وإن قَطَعه أثلاثًا والأكثرُ مما يَلي العَجُز: أُكِل الكُلّ، كما لو ذَبَحه أو نَحَره.

الأصلُ أنَّ المُبانَ من الحَيِّ(٥) حَقيقةً وحُكمًا لا يحِلُّ، والمُبانَ من الحَيِّ صُورةً لا حُكمًا يَحِلُّ، فنَقولُ:

=بغير ذكاة، ومنه يقال: فلان وقيذ، وقد وقذته العبادة. «غريب القرآن» لابن قتيبة ص١٢٣.

(١) قال تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ وَأَن تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَزْلَامِ ذَٰلِكُمْ فِسْقٌ...﴾ الآية.

(٢) في (ز): لأن، والمثبت من (هـ).

(٣) كما ذكر في الآية السابقة.

(٤) قال في «نصب الراية» ٤/٣١٧: أخرجه أبو داود (٢٨٥٨)، والترمذي (١٤٨٠) عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «ما قُطع من البهيمة وهي حية فهو ميتة». انتهى لأبي داود، ولفظ الترمذي أتم، ثم قال: قدم النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ المدينة، وهم يَجُبُّون أسنمة الإبل، ويقطعون أَلْيَات الغنم، فقال عَلَيْهِ السَّلَامُ: «ما قُطع من البهيمة وهي حية فهو ميتة». انتهى. وتمامه فيه.

(٥) في (و): من الحي صورة.

إذا قَطَع يَدًا، أو رِجلًا، أو ثَلاثةً ممّا يَلي القوائِمَ: يَحرُمُ المُبانُ، ويَحِلُّ المُبانُ منه؛ لأنَّ المُبانَ منه حَيٌّ حَقيقةً وحُكمًا؛ إذ يَبقى الباقي حَيًّا بدونه عادةً.

ولو قَدَّه[1] بنِصفَين، أو أبان رأسَه، أو قَطَعه أثلاثًا والأكثرُ ممّا يَلي العَجُز -يعني قَطَعه على وَجهٍ يَكونُ ثُلُثاه من جانِبِ العَجُزِ، وثُلُثُه من جانِبِ الرَّأسِ-: يَحِلُّ المُبانُ والمُبانُ منه؛ لأنَّ المُبانَ منه حَيٌّ صُورةً لا حُكمًا؛ لأنَّه لا يَعيشُ أحَدُ القِسمَين عادةً بدون الآخَر.

قَولُه: (كما لو ذَبَحه أو نَحَره) أي إذا ذَبَحه أو نَحَره: يَحِلُّ الأكلُ؛ لأنَّه لا يَبقى أَحَدُ القِسمَين حَيًّا بدون الآخَرِ، كذا هنا.

ولا يُؤكَل صَيدُ المَجوسيّ؛ لقوله عَلَيۡهِ ٱلسَّلَامُ في مَجوسِ هَجَرَ: «سُنّوا بهم سُنَّةَ أهلِ الكِتاب، غيرَ ناكِحي نِسائِهم، ولا آكِلي ذبائِحِهم»[2].

وكذا الوَثَنِيُّ؛ لأنه مُشرِكٌ.

وكذا المُرتَدُّ؛ لأنه لا دِينَ له.

(ولا يُؤكَل صَيدُ المَجوسِيِّ...) إلى آخِره: الأصلُ أنَّ الدِّينَ شَرطٌ لأهلِيّة الذَّكاةِ، حتى تَتحَقَّقَ منه تَسميةُ اللهِ تعالى، وذلك بأن يكونَ اعتِقادًا كالمُسلِم، أو دعوَى كالكِتابيِّ، ولا يَدَّعي المَجوسِيُّ والوَثَنِيُّ دِينًا ومِلّةً، فانعَدَم المِلّةُ اعتِقادًا ودَعوَى.

وكذا المُرتَدُّ؛ لأنَّه لا يُقَرُّ على دِينٍ.

---

(١) القد: الشق طولًا. «المختار» ص٢٤٨. وعكسه: القَطُّ، وهو قطع الشيء عرضًا. «المختار» ص٢٥٦.

(٢) رواه الإمام مالك ١/ ٢٧٨، وابن أبي شيبة (١٠٧٦٥)، والبزار (١٠٥٦)، والطبراني (١٠٥٩).

ومَن رَمى صَيدًا فأصابَه ولم يُثخِنْه، ولم يُخرِجه من حَيِّزِ الامتِناعِ، فرماه آخَرُ فقتَله: فهو للثّاني؛ لأنه صَيدٌ بَعدُ، والصَّيدُ لمن أَخَذه، ويُؤكَل؛ لأن الصَّيدَ يَحِلُّ بالذَّكاة الاضطرارية.

أثخَنه: أوهَنه وضَعَّفه[1].

الحَيِّزُ: كلُّ مَكانٍ، وقَولُهم: (في حَيِّزِ التَّواتُرِ) أي في جِهته ومَكانِه، وهو مَجازٌ.

وإن كان الأوَّلُ أَثخَنَه فرَماه الثّاني فقتَله: لم يُؤكَل؛ لأنه لم يَبقَ صَيدًا، فلا يَحِلُّ بالذَّكاة الاضطرارية، والثاني ضامِنٌ لقيمَته[2] للأوَّل؛ لأن الأَوَّلَ مَلَكَه بالأخذ مَعنًى بإخراجِه من الصَّيدِيّة.

قَولُه: (فلا يَحِلُّ بذَكاة الاضطِرارِ) هذا إذا كانت الرَّمْيةُ الأُولى بحالٍ يَنجو منه الصَّيدُ، حتى يَكونَ المَوتُ مُضافًا إلى الرَّمي الثّاني.

(والثّاني ضامِنٌ لقيمَته) أي غيرِ ما نَقَصَته جِراحَتُه.

ويَجوزُ اصطِيادُ ما يُؤكَل لَحمُه من الحَيَوان، وما لا يُؤكَل للانتِفاع به؛ لقوله تعالى: ﴿خَلَقَ لَكُم مَّا فِي ٱلۡأَرۡضِ جَمِيعٗا﴾ [البقرة:٢٩].

قَولُه: (للانتِفاع به) أي يُنتَفَع بجِلده، أو شَعرِه، أو ريشِه.

وذَبيحةُ المُسلِمِ والكِتابيِّ حَلالٌ، قال الله تعالى: ﴿ٱلطَّيِّبَٰتُۖ وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ حِلّٞ لَّكُمۡ وَطَعَامُكُمۡ حِلّٞ لَّهُمۡۖ﴾ [المائدة:٥].

قَولُه تعالى: ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ حِلّٞ لَّكُمۡ﴾ قال أهلُ التَّأويلِ: أي

(١) سقطت من (و).

(٢) في سوى (أ): بقيمته.

ذبائِحُهم حِلٌّ لكم[1]، ولأنَّ الطَّعامَ عامٌّ، فيَتناوَلُ الكُلَّ.

قالوا: هذا إذا كان لا يَعتَقِدُ المَسيحَ إلهًا، أمّا إذا كان يَعتَقِدُه إلهًا: فهذا والمَجوسِيُّ سَواءٌ، فلا تَحِلُّ ذَبيحَتُه[2].

---

(١) رواه الطبري في «تفسيره» ٨/ ١٣٥ و١٣٦ عن ابن عباس ومجاهد وإبراهيم وقتادة والسدي.

(٢) قال في «البحر» ٣/ ١١٠: ويوافقه ما في «مبسوط» شيخ الإسلام: ويجب أن لا يأكلوا ذبائح أهل الكتاب إذا اعتقدوا أن المسيح إله وأن عزيرًا إله، ولا يتزوجوا نساءهم، قيل: وعليه الفتوى، ولكن بالنظر إلى الدلائل ينبغي أنه يجوز الأكل والتزوج. اهـ.

وحاصله: أن المذهب الإطلاق؛ لما ذكره شمس الأئمة في «المبسوط» من أن ذبيحة النصراني حلال مطلقًا، سواء قال بثالث ثلاثة أوْ لا؛ لإطلاق الكتاب هنا والدليل، ورجحه في «فتح القدير» بأن القائل بذلك طائفتان من اليهود والنصارى انقرضوا لا كلهم، مع أن مطلق لفظ المشرك إذا ذكر في لسان أهل الشرع لا ينصرف إلى أهل الكتاب، وإن صح لغةً في طائفة أو طوائف؛ لما عهد من إرادته به من عبد مع الله غيره ممن لا يدعي اتباع نبي وكتاب... إلى آخر ما ذكره.

وفي «معراج الدراية»: اختلف العلماء في أن لفظ المشرك يتناول أهل الكتاب، والأصح: أن اسم المشرك مطلقًا لا يتناوله؛ للعطف في الآية.

ثم المشرك ثلاثة: مشرك ظاهرًا وباطنًا كعبدة الأوثان، ومشرك باطنًا لا ظاهرًا كالمنافقين، ومشرك معنًى كأهل الكتاب، ففي قوله سبحانه وتعالى: ﴿عَمَّا يُشْرِكُونَ﴾: المراد مطلق الشرك، وكذا في قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ لَا يَغْفِرُ أَن يُشْرَكَ بِهِۦ﴾، فيتناول جميع الكفار، وفي قوله: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ﴾ المراد به المشرك ظاهرًا وباطنًا، وهو الوثني، فلا يتناول أهل الكتاب والمنافقين. اهـ.

وقال في «مجمع الأنهر» ١/ ٣٢٨: والأولى أن لا يفعل ولا يأكل ذبيحتهم إلا للضرورة كما في «الفتح»، فعلى هذا يلزم على الحكام في ديارنا أن يمنعوهم من الذبح؛ لأن النصارى في زماننا يصرحون بالابنية قبحهم الله تعالى، وعدم الضرورة متحقق، والاحتياط واجب؛ لأن في حل ذبيحتهم اختلافَ العلماء كما بيّنّاه، فالأخذ بجانب الحرمة أولى عند عدم الضرورة. انتهى.

تتميم: قال في «الشرنبلالية» ١/ ٢٧٧: قوله: (أو كتابيًّا) نقل في «الجوهرة» عن «المستصفى»=

ولا تَحِلُّ ذَبيحةُ المَجوسِيِّ والوَثَنِيِّ والمُرتَدِّ.

(ولا تَحِلُّ ذَبيحةُ المَجوسِيِّ والوثَنِيِّ) ما[1] ذُكِر قبل هذا: في ذَكاة الاضطِرار، وهذا في[2] ذَكاة الاختِيارِ.

ولا يَحِلُّ من الصَّيد ذَبيحةُ المُحرِمِ؛ لحديث أبي قتادةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أن واحِدًا منهم شَدَّ[3] على حِمارِ وَحشٍ فقَتَلَه ولم يكن مُحرِمًا، فقال النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «هل أَعنتُم؟ هل أَشرتُم؟»، قالوا: لا، فقال: «فكُلوا إذن»[4]، دَلَّ أنه لو أَعان المُحرِمُ يَحرُمُ، فلما كان الصَّيدُ يَحرُمُ بإعانة المُحرِم فبِقَتله أَولى.

شَدَّ في العَدْوِ: أَسرَع.

=أن هذا إذا كان الكتابي لا يعتقد المسيح إلهًا، أما إذا اعتقده إلهًا فهو كالمجوسي لا تحل ذبيحته. اهـ قلت: ولكنه ذكره في «المستصفى» بصيغة (قالوا هذا...) إلخ، وقدمنا أنه يبنى الحكم على ما يظهرون لا ما يضمرون. اهـ.

(١) في (و): لما.

(٢) في (و): كما في.

(٣) في (ب): شد السيف، وفي (ج): شد سيفًا. وانظر «البدائع» ٢/ ٢٠٤.

(٤) رواه البخاري (١٨٢٤) ومسلم (١١٩٦). وقد تقدم.

فصلٌ(١) ﴿في كيفيّة الذّبح﴾

فصلٌ

وإن تَرَكَ الذّابِحُ التَّسميةَ عامِدًا: فالذَّبيحةُ مَيْتةٌ لا تُؤكَل؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا۟ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام:١٢١].

وقال الشافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: تُؤكَل؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة:٣].

قَولُه تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾: هذا استِثناءٌ من قَوله: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ﴾ [المائدة:٣]، فإنَّ اللهَ تعالى أحَلَّ لَنا المُذَكّاةَ، ولم يَشتَرِط التَّسميةَ، فلا يُزادُ عليه.

ونحن نَقولُ: ما ذَكَرنا مُحرِّمٌ، فيَكونُ أَولى.

ولا يُقالُ: ليس فيما أَورَدتُم من النَّصِّ بَيانُ اشتِراطِ التَّسميةِ حالةَ الذَّبحِ، وجاز أن يَكونَ المُرادُ منه حالةَ الأكلِ والطَّبخِ، فيَكونُ مُجمَلًا، والاحتِجاجُ به لا يَجوزُ.

لأنّا نَقولُ: المُرادُ منه حَالةَ الذَّبحِ بإجماع الأُمّةِ(٢)، ولأنَّ النَّهيَ عن الشَّيء أمرٌ بضِدِّه، والتَّسميةُ واجِبةٌ في هذه الحالةِ(٣) بنَصٍّ آخرَ، وهو قَولُه تعالى: ﴿فَٱذْكُرُوا۟ ٱسْمَ

(١) مثبت من (ز).

(٢) في (و): الأئمة.

(٣) في (هـ): واجبة وهذه الحالة.

ٱللَّهِ عَلَيۡهَا صَوَآفَّۖ﴾ [الحج:٣٦] ، والمُرادُ منه: حالةَ النَّحرِ، ومتى كان الإيجابُ مُنصَرِفًا إلى هذه الحالةِ دَلَّ أنَّ النَّهيَ مُنصَرِفٌ إليه أيضًا.

ولا يُقالُ: المُرادُ منه تَعظيمُ اسمِ اللهِ تعالى.

لأنَّ تَعظيمَ اسمَ اللهِ تعالى لا يُسَمّى ذِكرًا على الذَّبيحة.

وإن تَرَكَ ناسِيًا: أُكِل؛ سُئِل ابنُ عبّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا عن ذلك فقال: كلوا، فإنَّ تَسميةَ اللهِ تعالى في قَلب كلِّ امرِئٍ مُسلِمٍ(١).

قَولُه: (تَسميةُ اللهِ تعالى في قَلب كلِّ امرئٍ مُسلِمٍ) أحال هذا القَولَ إلى النَّبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في «مَبسوط» فَخرِ الإسلامِ البَزدويِّ رَحِمَهُ اللَّهُ، ولا تَنافِيَ(٢)، فيَثبُتُ بهذا أنَّ المِلَّةَ أُقيمت مُقامَ الذِّكرِ في حَقِّ النّاسي، وإقامَتُها مُقامَه في حَقِّ النّاسي -وهو مَعذورٌ- لا يَدُلُّ على الإقامة في حَقِّ العامِدِ ولا عُذرَ.

فإن قيل: خُصَّ النّاسي عن النَّصِّ، فيُخَصُّ العامِدُ بالقِياس عليه.

---

(١) روى الدارقطني (٤٨٠٦) عن ابن عباس قال: إذا ذبح المسلم فلم يذكر اسم الله فليأكل، فإن المسلم فيه اسما [كذا] من أسماء الله.

وقال في «تخريج أحاديث الكشاف» ٣/ ١١٥: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «ذكر الله على فم كل مسلم»، وروي: «في قلب كل مسلم»: قلت: غريب بهذا اللفظ، وروى البيهقي (١٨٨٩٤) والطبراني في «الأوسط» ٤٧٦٩) والدارقطني (٤٨٠٣) من حديث أبي هريرة قال: سأل رجل رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: الرجل منا يذبح وينسي أن يسمي، قال: «اسم الله على فم كل مسلم». ورواه ابن عدي في «الكامل» (٨/ ١٢٠) وأعله بمروان بن سالم الغفاري، وكذلك ابن القطان في «كتابه» وقال: إنه ضعيف جدًا.

(٢) على قاعدة أن هذا لا يقال بالرأي فيأخذ حكم المرفوع.

قيل: لو خُصَّ العامِدُ لا يَبقى للنَّصِّ حُكمٌ، فيُؤدِّي إلى إبطال النَّصِّ بالقِياس على النّاسي.

على أنّا نَقولُ: النَّاسي[(١)] غيرُ مَخصوصٍ، بل هو مُسَمًّى بالأثر[(٢)].

والتَّسميةُ أن يَقولَ: بسمِ اللهِ واللهُ أكبرُ.

وقيل: بسم اللهِ ٱللهُ أكبرُ[(٣)].

والذَّبحُ في الحَلْق واللَّبّة؛ قال عَلَيْهِ السَّلَامُ: «الذَّكاةُ ما بين اللَّبّةِ واللَّحْيَين»[(٤)].

اللَّبّةُ: المَنحَرُ من الصَّدر.

واللَّحْيُ: العَظمُ الذي عليه عَظمُ[(٥)] الأسنانِ.

(والذَّبحُ في اللَّبّة واللَّحيَين) وهذا لبَيان مَحَلِّ الذَّبحِ، وفيه دَليلٌ على أنَّ أَعلى

---

(١) قوله: (على أنا نقول الناسي) مثبت من (ز).

(٢) انظر تخريج أثر ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا المار.

(٣) قوله: (وقيل بسم الله الله أكبر) غير مثبت في (و).

(٤) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٨٥: غريب بهذا اللفظ، وأخرج الدارقطني في «سننه» (٤٧٥٤) عن سعيد بن سلام العطار ثنا عبد الله بن بديل الخزاعي عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال: بعث رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بديل بن ورقاء الخزاعي على جمل أورق، يصيح في فجاج مِنًى: ألا إن الذكاة في الحلق واللبة. انتهى.

قال في «التنقيح»: هذا إسناد ضعيف بمرة، وسعيد بن سلام أجمع الأئمة على ترك الاحتجاج به، وكذبه ابن نمير، وقال البخاري: يذكر بوضع الحديث، وقال الدارقطني: يحدث بالأباطيل، متروك. انتهى، وأخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» موقوفًا على ابن عباس (٨٦١٥) وعلى عمر (٨٦١٤): الذكاة في الحلق واللبة. انتهى.

(٥) مثبتة من (ز).

الحَلقِ وأسفلَه وأوسَطَه في ذلك سَواءٌ.

والعُروقُ التي تُقطَعُ في الحَلْق[1] أربَعةٌ: الحُلقوم، والمَريء، والوَدَجانِ.

(والعُروقُ التي تُقطَع في الذَّكاة أربَعةٌ) لقَوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «أفرِ الأوداجَ بما شِئتَ»[2]، فيَتناوَلُ المَرِيء والوَدجَينِ؛ لأنَّه اسمُ جَمعٍ، وأقَلُّه ثَلاثةٌ، وقَطعُ هذه الثَّلاثةِ لا يُمكِنُ إلا بقَطع الحُلقومِ، فثَبَت القَطعُ باقتِضائه.

فإذا قَطَعها: حَلَّ الأَكلُ؛ لتَمام الذَّكاة.

وإن قَطَع أكثَرَها: فكذلك عند أبي حنيفةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ؛ لأن للأكثَر حُكمَ الكُلِّ.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ[3]: لا بُدَّ من قَطْع الحُلقومِ والمَريءِ وأَحدِ الوَدَجَين؛

---

(١) في (أ): الذكاة.

(٢) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٨٥: غريب، لم يحسن شيخنا علاء الدين مقلدًا لغيره إذ استشهد له بحديث أخرجه أبو داود (٢٨٢٤) والنسائي (٤٤٠١) وابن ماجه (٣١٧٧) عن عدي بن حاتم قلت: يا رسول الله! أرأيت أحدنا يصيب صيدًا وليس معه سكين، أيذبح بالمروة وشقة العصا؟ فقال: «أمرر الدم بما شئت، واذكر اسم الله». انتهى، فإن مقصود المصنف من هذا الحديث الاستدلال على قطع العروق الأربعة أو الثلاثة، قال: لأن الأوداج جمع، وأقله ثلاث، وإنما استدل على إراقة الدم بغير السكين بالحديث الذي بعد هذا الحديث، وروى ابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٩٨١٠) حدثنا أبو خالد الأحمر عن ابن جريج عمن حدثه عن رافع بن خديج قال: سألت رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن الذبح بالليطة فقال: «كُلْ ما أفرى الأوداج، إلا سنًّا أو ظُفُرًا». انتهى، وأخرجه الطبراني في «معجمه» (٧٨٥١) عن عبيد الله بن زَحْرٍ عن علي بن يزيد عن القاسم عن أبي أمامة قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «كُلْ ما أفرى الأوداج ما لم يكن قرض سن، أو جز ظفر»، وفيه قصة.

(٣) في سوى (د): (وقال أبو يوسف ومحمد رحمها الله). وقال «الهداية» ٤/ ٣٤٨: « وقالا: لا بد من قطع الحلقوم والمريء وأحد الودجين. قال رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: هكذا ذكر القدوري الاختلاف =

لأن الحُلقومَ مَجرى النَّفس، والمَريءَ مَجرى الطَّعامِ والشَّراب، والودَجانِ مَجرى الدِّماء، فناب أحَدُ الودَجَين عن الآخَر؛ لاتِّحاد المَقصود، ولا بُدَّ من قَطع الحُلقومِ والمَريء.

وقال محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إن قَطَع من كلِّ واحدٍ منها الأكثَرَ: يحِلُّ، وإلا فلا[1].

(وإن قَطَع أكثرَها) أي قَطَع الثَّلاثَ أيَّ ثَلاثٍ كان.

فالحاصِلُ: أنَّ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا قَطَع الثَّلاثَ أيَّ ثَلاثٍ كان: يَحِلُّ.

وعند أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إن كان إحدى الثَّلاثِ أحَدُ الوَدَجَين: يَحِلُّ، وإلا فلا.

وعند محمّدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَحِلُّ ما لم يَقطَع من كلِّ عِرقٍ أكثرَه.

ذُكِر في هذا الكِتاب: أنَّ المَريءَ: مَجرى الطَّعامِ والشَّرابِ، والحُلقومَ: مَجرى النَّفَسِ، ومثل هذا ذُكِر في «الإيضاح».

وفي «المَبسوط» و«الهِداية»: الحُلقومُ[2]: مَجرى العَلَفِ والماءِ[3]، والمَريءُ[4]:

=في «مختصره»، والمشهور في كتب مشايخنا رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ: أن هذا قول أبي يوسف وحده. وقال في «الجامع الصغير»: إن قطع نصف الحلقوم ونصف الأوداج لم يؤكل، وإن قطع أكثر الأوداج والحلقوم قبل أن يموت أكل. ولم يحك خلافًا، فاختلفت الرواية فيه.

(١) هذه الفقرة مثبتة من (د).

(٢) الحُلقوم: هو الحلق، وميمه زائدة، والجمع حلاقيم بالياء، وحذفها تخفيف. «المصباح» ١/١٤٦.

(٣) مثبتة من (و).

(٤) المريء -وزان كريم-: رأس الْمَعِدة والكَرِش اللازق بالحلقوم، يجري فيه الطعام والشراب، وهو مهموز، وجمعه مُرُؤ بضمتين، مثل بريد وبرد، ومريء الجزور: يهمز ولا يهمز، قاله الفارابي، وقال ثعلب: وغير الفراء لا يهمزه، ومعناه يبقى بياء مشددة، وهكذا أورده الأزهري في=

مَجرى النَّفسِ[1].

قَولُه: (ولا بُدَّ من قَطع الحُلقومِ والمَريءِ) هذا من تَمام الدَّليلِ، أي لَمّا ناب أحَدُ الوَدَجَين عن الآخَر يُكتَفى بأحدهما، ولَمّا كان المَريءُ يُخالِفُ الحُلقومَ لا يَنوبُ أحدُهما مَنابَ الآخَرِ، فيُشتَرط قَطعُهما.

ويَجوزُ الذَّبحُ باللِّيطة، والمَروة، وبكُلِّ شيءٍ أَنهَر الدَّمَ وأَفرى الأَوداج، إلا السِّنَّ القائِمةَ والظُّفُرَ القائِمةَ، قال عَلَيهِ السَّلَامُ: «كُلْ ما أَنهَر الدَّمَ وأَفرى الأَوداجَ، إلا السِّنَّ والظُّفُر؛ فإنهما[2] مُدَى الحَبَشة»[3]، يعني القائِمَ منهما.

لِيطةُ القَصَبِ: قِشرُه.

المَرْوةُ: حَجَرٌ أبيَضُ كالسِّكّين، يُذبَح بها.

=باب العين، قال ويجمع مَرِيّ النوق مرايا، مثل صفي وصفايا. «المصباح» ٢/ ٥٦٩.

(١) قال الشيخ اللكنوي في «الدراية» ص١٦: هذا ليس بجيد، والحق عكسه، فإن الحلقوم مجرى النفس، والمريء مجرى العلف والماء، كذا في «الإيضاح» و«المغرب» وغيرهما. انتهى.

قلت: والمصنف في «الكافي» مشى على هذا التصويب، وهنا قلد صاحب «الهداية».

(٢) في (أ): فإنها.

(٣) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٨٦: هو ملفق من حديثين، فروى الأئمة الستة (البخاري ٥٥٤٣، ومسلم ١٩٦٨) من حديث رافع بن خديج، قال: كنّا مع النبي صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ في سفر، فقلت: يا رسول الله! إنا نكون في المغازي فلا تكون معنا مُدًى، فقال: «ما أنهر الدم، وذُكر اسم الله عليه، فكلوا، ما لم يكن سِنًّا أو ظُفُرًا، وسأحدثكم عن ذلك، أما السن فعظم، وأما الظُّفُر فمُدَى الحبشة». انتهى. أخرجوه مختصرًا، ومطوّلًا. الثاني: رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٩٨١٠) عن رافع بن خُديج، قال: سألت رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ عن الذبح باللِّيطة، فقال: «كُلْ ما أفرى الأوداجَ إلا سِنًّا أو ظُفُرًا». انتهى، وتمامه فيه.

المُدْيَةُ: سِكّينُ القَصّابِ.

(يعني القائِمَ منهما) عادَتُهُم أنَّهم يَفعلون ذلك بغَير المَنزوعِ، فحُمِل مُطلَقُ المَرويِّ على المُقيَّد لهذا، وهذا لأنَّه إذا كان غيرَ مَنزوعٍ: يَدخُلُ فيه احتِمالُ الخَنِق؛ لأنَّه يَقتُلُ بالثِّقَل[1]، فيَكونُ في مَعنى المُنخَنِقة، وأمّا إذا كان مَنزوعًا: لا يَدخُلُ فيه احتِمالُ الخَنِقِ؛ لأنَّه غيرُ مُتَّصِلٍ به، فيَحِلُّ، لكن مع الكَراهة.

ويُستَحَبُّ أن يُحِدَّ الذابِحُ شَفْرتَه؛ لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «إن اللهَ تعالى كَتَبَ الإحسانَ على كلِّ شيءٍ، فإذا ذَبَحتُم فأحسِنوا الذِّبحة، وإذا قَتلتُم فأَحسِنوا القِتلة، ولْيُحِدَّ أحدُكُم شَفْرَتَه، ولْيُرِح ذَبيحَته»[2].

القِتلةُ: الهيئةُ والحالةُ[3].

ومن بَلَغ بالسِّكينِ النُّخاعَ أو قَطَع الرَّأسَ: كُرِه له ذلك، وتُؤكَلُ ذَبيحتُه؛ لأنه تَعذيبُ الحَيوانِ من غير حاجةٍ.

النُّخاعُ: خَيطٌ أبيضُ في جَوف عَظمِ الرَّقَبةِ، يَمتَدُّ إلى الصُّلب، والفَتحُ والضَّمُّ لُغةٌ في الكَسر.

وإن ذَبَح الشّاةَ من قَفاها وبقِيَت حَيّةً حتى قَطَع العُروقَ: حَلَّ؛ لوُجود الذَّبح،

---

(١) في (و): بالمثقل، والمثبت من (ز).

(٢) رواه الترمذي (١٤٠٩) بهذا اللفظ، ورواه مسلم (١٩٥٥) «فأحسنوا الذَّبح» ولفظه: «إن الله كتب الإحسان على كل شيء، فإذا قتلتم فأحسنوا القِتلة، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذَّبح، وليُحِدَّ أحدُكم شفرتَه، فَلْيُرح ذبيحته».

(٣) هذه الفقرة مثبتة من نسخة الأصل.

وهو قَطعُ الأَوداجِ والحُلقومِ والمَريءِ من الحَيِّ، ويُكرَه؛ لأنه تَعذيبٌ بلا فائِدة.

وإن مات قبل قَطعِ العُروق: لم يُؤكَل؛ لأنه مات بذكاةِ الاضطرارِ وهو قادِرٌ على الذَّكاةِ الاختيارِيّة فيه.

قَولُه: (وقطع الأوداجِ...) إلى آخِره: مَعطوفٌ على الذَّبح عَطفَ تَفسيرٍ، كقَوله[1]:

... ... إليـه الوَجـهُ والعَمَلُ[2]

وما استأنَس من الصَّيد فذكاتُه الذَّبحُ.

وما تَوَحَّشَ من النَّعَم فذكاتُه العَقْرُ والجَرحُ؛ لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «إن لها أوابِدَ كأَوابِدَ الوَحْش، فإذا وَجدتُم من هذه الأشياء: فاذكُروا اسمَ اللهِ تعالى عليها[3] ثم كُلوا»[4]، ولأن الواجِبَ إزالةُ الدَّمِ الحَرامِ عن المَأكول، وقَطعُ ما بين اللَّبّةِ واللَّحيَينِ

---

(١) البيت في «الكتاب» لسيبويه ١/ ٣٧ بلا نسبة.

(٢) تمام البيت:

أستغفر الله ذنبًا لست محصيَه ... ربَّ العباد إليه الوجهُ والعملُ

وقوله: إليه الوجه والعمل: أي إليه التوجه في الدعاء والطلب والمسألة والعبادة، والعمل له، يريد: هو المستحق للطاعة. «شرح أبيات سيبويه» ١/ ٢٧٩.

(٣) في (أ): عليه.

(٤) لم أقف عليه بهذا السياق، ورواه الشيخان بألفاظ متقاربة، منها ما عند البخاري (٥٥٤٤) ومسلم (١٩٦٨) عن رافع بن خديج رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: كنا مع النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في سفر، فند بعير من الإبل، قال: فرماه رجل بسهم فحبسه، قال: ثم قال: «إن لها أوابد كأوابد الوحش، فما غلبكم منها فاصنعوا به هكذا».

والأوابد: جمع آبدة، وهي التي قد تأبدت، أي توحشت ونفرت من الإنس. «إرشاد الساري» ٥/ ١٨٣.

أبلَغُ في ذلك، فلا يَجوزُ تَركُه إلا عند الضَّرورة، وهو ذَكاةُ الاختيار، ومَجرَّدُ الجَرح ذَكاةُ الاضطرار.

أوابِدُ الوَحْشِ: نَفرُها.

وهذا إذا نَدَّ خارِجَ المِصرِ، أمّا إذا كان في المِصر: لا يَحِلُّ.

وقيل في الشَّاة هكذا، وفي الإبِل والبَقَرِ يَحِلُّ كيفما كان.

والضَّمير في «إنَّ لها أوابِدَ» يَرجِعُ إلى الإبِل، بدَليل ما ذُكِرَ في «مَبسوط» فخرِ الإسلامِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنَّ بَعيرًا من إبِل الصَّدقةِ نَدَّ، فرَماه رَجُلٌ بسَهمٍ وسَمّى، فقتَله، فقال صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إنَّ لَها أوابِدَ كأوابِدِ الوَحْشِ[1]...» الحَديثَ[2].

والمُستَحَبُّ في الإبِل: النَّحرُ؛ لقوله تعالى: ﴿فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَٱنْحَرْ﴾ [الكوثر: ٢] أي: انحر الجَزورَ[3].

ويُكرَه الذَّبحُ؛ لأنه خِلافُ السُّنَّة[4].

---

(١) قوله: (كأوابد الوحش) غير مثبت في (هـ).

(٢) تقدم تخريجه في المتن، وسببه وهو أن بعيرًا من إبل الصدققة ند فرماه رجل ...إلخ: فموجود في ذات الرواية المخرّجة، إلا أنه لم يقيد فيها بكونه من إبل الصدقة، وورد تقييده في رواية الإمام الأعظم في «مسنده» بترتيب أبي نعيم ص١٢٠، والطبراني (٤٣٨٧).

(٣) انظر «تفسير الطبري» ٢٤/ ٦٩٢.

(٤) قال في «الهداية» ١/ ١٨٢: والأفضل في البُدن النحر، وفي البقر والغنم الذبح؛ لقوله تعالى: ﴿فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَٱنْحَرْ﴾، قيل في تأويله: الجزور، وقال الله تعالى: ﴿أَن تَذْبَحُواْ بَقَرَةً﴾ وقال الله تعالى: ﴿وَفَدَيْنَٰهُ بِذِبْحٍ عَظِيمٍ﴾ والذبح ما أعد للذبح، وقد صح أن النبي عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ نحر الإبل وذبح البقر والغنم. انتهى. وقال في «نصب الراية» ٣/ ١٦٣: قلت: تقدم في حديث جابر الطويل (مسلم ١٢١٨): ثم انصرف إلى المنحر، فنحر ثلاثًا وستين بدنة بيده، ثم أعطى عليًا فنحر...=

والمُستَحَبُّ في البقَر والغَنَم: الذبحُ؛ لقوله تعالى: ﴿بِذِبْحٍ عَظِيمٍ﴾ [الصَّافَّات:١٠٧]، وقال الله تعالى: ﴿أَن تَذْبَحُواْ بَقَرَةً﴾ [البَقَرة:٦٧]؛ ونَحرُهما خِلافُ السُّنّة[١].

قَولُه: (لأنَّه خِلافُ السُّنّة) رُوِي أنَّ النَّبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَحَر مِائةَ بَدَنةٍ[٢].

والفِقهُ فيه: أنَّ النَّحرَ والذَّبحَ يَقَعان على الأوداج، لكن في النَّحر يَقَعُ القَطعُ في أسفَلِها، وفي الذَّبح في أَوسَطِها، والتَّسفيلُ أسهَلُ في الإبل؛ لأنَّ مَوضِعَ النَّحرِ لا لَحمَ عليه، وفي مَوضِعِ الذَّبحِ لَحمٌ غَليظٌ[٣]، فكان النَّحرُ أيسرَ عليه من الذَّبح، والتَّوسُّطُ أسهَلُ في البَقَر والغَنَمِ؛ لأنَّ المَذبَح مَجمَعُ العُروقِ، ولا لَحمَ عليه، فكان الذَّبحُ أسهَلَ عليه.

=الحديث.

وذبح البقر: أخرجه البخاري (١٧٢٠) ومسلم (١٢١١) عن عائشة قالت: فدخل علينا يوم النحر بلحم بقر، فقلت: ما هذا؟ قالوا ذبح رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن أزواجه، مختصر.

وذبح الغنم: أخرجه الأئمة الستة (البخاري ٥٥٥٨، ومسلم ١٩٦٦) عن أنس، قال: ضحىَ رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بكبشين أملحين، فرأيته واضعًا قدمه على صفاحهما، يُسمي ويكبر، فذبحهما بيده. انتهى.

(١) انظر التخريج السابق.

(٢) روى البخاري (١٧١٨) عن ابن أبي ليلى أن عليًا رَضِيَ اللهُ عَنْهُ حدثه قال: أهدى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مائة بدنة، فأمرني بلحومها، فقسمتها ثم أمرني بجلالها فقسمتها، ثم بجلودها فقسمتها.

وروى النسائي في «الكبرى» (٤١٢٥) عن جابر بن عبد الله قال: ساق رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مائة بدنة، فنحر منها رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ثلاثًا وستين بدنة، ونحر علي ما بقي، ثم أمر رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن تؤخذ بضعة من كل بدنة فتجعل في قدر، فأكلا من لحمها وحسوا من مرقها.

(٣) في (و): لحم عظيم غليظ.

ومَن نَحَر ناقةً، أو ذَبَح بَقَرةً أو شاةً، فوَجَد في بَطنها جَنينًا مَيْتًا: لم يُؤكَل، أَشعَرَ أو لم يُشعِر.

وقالا: يُؤكَل؛ لحديث: «ذَكاةُ الجَنينِ ذَكاةُ أُمِّه»(١).

قَولُه: (وقالا: يُؤكَلُ) أي إذا تَمَّ خَلقُه.

لأبي حنيفة رَضِيَ اللهُ عَنهُ: أن الذَّكاةَ ما بين اللَّبَّةِ واللَّحيَين، ولم يوجَد.

قَولُه: (الذَّكاةُ ما بين اللَّبَّةِ...) إلى آخِره: تَقريرُه: أنَّ الجَنينَ حَيَوانٌ على حِدَةٍ، ولهذا يَبقى حَيًّا عادةً(٢) بعد مَوتِ أُمِّه، فيُشتَرَط فيه ذَكاةٌ على حِدةٍ بالنَّصِّ، وقد عُدِم هنا؛ لأنَّها مُفسَّرةٌ بتَفسير صاحِبِ الشَّرعِ، ولم يُوجَد.

ولا حُجّةَ لهما في الحَديث؛ فإنَّ تَقديرَه: ذَكاةُ الجَنينِ كذَكاة أُمِّه، كقَول القائِل(٣):

فعَينـاكِ عيناها وجِيـدُكِ جيدُها(٤) ....

---

(١) رواه الإمام أحمد (١١٣٤٣)، وأبو داود (٢٨٢٨)، والترمذي (١٤٧٦)، وابن ماجه (٣١٩٩).

(٢) مثبتة من (ز).

(٣) هو مجنون ليلى قيس بن الملوح، والبيت في «ديوانه» ص٤٥، وتمامه ثمة:

فعَينـاكِ عيناهـا وجِيـدُكِ جيدُهـا سـوى أن عظم السـاق منـكِ دقيق

(٤) اقتنص قيس ظبية فلما نظر في محاسنها أطلقها وجعل ينظر في أثرها وهو يقول هذا البيت مع أبيات أخر، لما رأى من شبهها بليلى. وانظر القصة في «ديوانه» ص٤٥.

والشاهد حذف حرف التشبيه وهو الكاف.

فصل (فيما يحل أكله وما لا يحل)

فصل

ولا يَجوزُ أَكلُ ذي نابٍ من السِّباع، ولا ذي مِخلَبٍ من الطَّير، وفي الحَديث: نَهى رسولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن أكل كُلِّ ذي نابٍ من السِّباع، وكُلِّ ذي مِخلَبٍ من الطَّير[(١)(٢)].

المِخلَبُ للطَّائِر: كالظُّفُر للإنسان، والمُرادُ به: مِخلَبٌ هو سِلاحٌ[(٣)].

والسَّبُعُ: كلُّ مُختَطِفٍ، مُنتَهِبٍ، جارِحٍ، قاتِلٍ، عادٍ عادةً، كذا في «الهِداية»[(٤)].

وقال في «مَبسوط» البَزدويِّ رَحِمَهُ اللهُ: والمُرادُ من (ذي نابٍ): الذي يَصيدُ بنابه،

(١) رواه مسلم (١٩٣٤)، وروى البخاري بعضه (٥٧٨٠).

(٢) في (أ) زيادة: لأنه لا يتحامى عن النجاسات.

(٣) فلا يدخل فيه مخلب الدجاج ونحوه؛ لأنه ليس سلاحًا.

(٤) مختطف: من الخطفة، ومنتهب: من النهب، والفرق بينهما: أن الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل البهائم والسباع، فلما كان السبع مقابلًا: وصف السبع بهذين الوصفين.

قال في «المبسوط»: المراد بذي الخطفة ما يخطف بمخلبه من الهواء كالباز والعقاب، ومن ذي النهبة ما ينتهب بنابه من الأرض كالأسد والذئب.

قوله: عادٍ من عدى عليه عدوًا، أصله: عادي... وقوله: عادة: نصب على الظرف. «البناية» ٥٧٩/١١.

ومن (ذي مِخلَبٍ): الذي يَصيدُ بمِخلَبه، لا كُلُّ ذي نابٍ، ولا كُلُّ ذي مِخلَبٍ؛ فإنَّ الحَمامةَ لها مِخلَبٌ، والبَعيرَ له نابٌ، والبقَرَ كذلك.

بَيانُ الأوّلِ: الأسَدُ، والذِّئبُ، والنَّمِرُ، والفَهدُ، والضَّبُعُ، والثَّعلَبُ.

وبَيانُ الثَّاني: الصَّقرُ، والبازِيُّ، والشَّاهينُ، والنَّسْرُ، والعُقابُ.

والمُؤثِّرُ في الحُرمة: إمّا الإيذاءُ، وإمّا الخُبْثُ، وكلُّ قِسمٍ يَنقَسِمُ إلى قِسمَين:

أمّا الإيذاءُ: فتارةً يكونُ بالنَّاب، وطَورًا يكونُ بالمِخلَب.

وأمّا الخُبْثُ: إمّا أن يكونَ خِلقةً، كما في الحَشَرات[1] والهَوامِّ[2]، أو بعارِضٍ، كما في الجَلّالة[3] وما في معناها[4]، كذا في «مَبسوط فَخرِ الإسلام» رَحِمَهُ اللَّهُ.

---

(١) الحشرة: الدابة الصغيرة من دواب الأرض، والجمع حشرات، مثل قصبة وقصبات، وقيل: الحشرة الفأر والضباب واليرابيع. «المصباح» ١/ ١٣٦.

(٢) الهامة: ما له سم يقتل كالحية، قاله الأزهري، والجمع: الهوام، مثل دابة ودواب، وقد تطلق الهوام على ما لا يقتل كالحشرات، ومنه حديث كعب بن عجرة وقد قال له عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أيؤذيك هوام رأسك؟»، والمراد القمل على الاستعارة بجامع الأذى. «المصباح» ٢/ ٦٤١.

(٣) الجلالة: البقرة التي تتبع النجاسات، وفي الحديث: نهى عن لحم الجلالة. «المختار» ص٥٩.

(٤) كالدجاج والبط والإوز.

تتميم: قال في «التبيين» ٦/ ١٠: الجَلّالة هي التي تعتاد أكل الجيف والنجاسات، ولا تخلط، فيتغير لحمُها فيكون منتنًا، ولو حبست حتى يزول النتن حلت، ولم تقدر لذلك مدة في الأصل، وقدره في «النوادر» بشهر، وقيل: بأربعين يومًا في الإبل، وبعشرين يومًا في البقر، وبعشرة أيام في الشاة، وثلاثة أيام في الدجاجة، أما التي تخلط بأن تتناول النجاسة والجيف، وتتناول غيرها على وجه لا يظهر أثر ذلك في لحمها: فلا بأس به، ولهذا يحل أكل لحم جدي غذي بلبن الخنزير؛ لأن لحمه لا يتغير، وما غذي به يصير مستهلكًا لا يبقى له أثر، وعلى هذا قالوا: لا بأس بأكل الدجاج؛ لأنه يخلط ولا يتغير لحمه، وروي أنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كان يأكل الدجاج، وما روي أن الدجاج=

والمَعنى في الحُرمة: كَرامةُ بَني آدمَ؛ كيلا يَعدو شيءٌ من هذه الأوصافِ الذَّميمةِ إلينا بالأكل.

ولا بأس بأَكل غُرابِ الزَّرع؛ لأنه طاهِرٌ وعَلَفُه طاهِرٌ.

ولا يُؤكَل الأَبقَعُ الذي يَأكُلُ الجِيَفَ؛ لأنه لا يَتحامى عن النَّجاسة.

قال القاضي الإمامُ ظَهيرُ الدِّينِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الغُرابُ الأبقَعُ والأسَودُ أنواعٌ ثَلاثةٌ:

زَرعِيٌّ يَلتَقِطُ الحَبَّ ولا يَأكُلُ الجِيَفَ، فلا يُكرَه.

ونَوعٌ منها لا يَأكُلُ إلا الجِيَفَ، وإنَّه مَكروهٌ.

ونَوعٌ منها يَخلِطُ الحَبَّ بالجِيَف، وهو غيرُ مَكروهٍ عند أبي حنيفةَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ، خِلافًا لأبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

ويُكرَهُ أَكلُ الضَّبُعِ والضَّبِّ؛ لأن الضَّبُعَ ذو نابٍ من السِّباع.

وقال الشافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يُكرَه أَكلُ الضَّبِّ؛ لأنه أُكِل على مائِدة رَسولِ الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ(١).

قال خالِدُ بنُ الوَليدِ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ: كنتُ على مائِدة رَسولِ اللهِ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فأُتِي بضَبٍّ حَنيذٍ(٢)، فلم يَأكُل رَسولُ اللهِ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقُلتُ: أحرامٌ هي؟ قال: «لا،

=يحبس ثلاثة أيام ثم يذبح فذاك على سبيل التنزه لا أنه شرط.

(١) روى البخاري (٢٥٧٥) ومسلم (١٩٤٧) عن ابن عباس رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا قال: أهدت أم حفيد خالة ابن عباس إلى النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أقِطًا وسمنًا وأَضُبًّا، فأكل النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ من الأقط والسمن، وترك الضب تقذرًا، قال ابن عباس: فأكل على مائدة رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ولو كان حرامًا ما أكل على مائدة رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

(٢) حنذ الشاة: شواها وجعل فوقها حجارة محماة لتنضجها، فهي حنيذ، وبابه ضرب.=

ولكن لم يَكُن في أرض قَومي، فأعافُه»[١].

لنا: أن النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال في الضَّب: «إنها أُمّةٌ مُسِخت»[٢].

ونحن نَحتَجُّ بما رُوِي عن جابرٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أنَّه قال: كنّا في بعض الغَزَوات، فنَزَلنا في أرضٍ كَثيرةِ الضِّبابِ، فأخذناها، ونَصَبنا القُدورَ، وكانت القُدورُ تَغلي بها، فسَأَل رسولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن ذلك، فقُلنا: ضِبابٌ أصبناها، فقال: «أَكفِئُوا! فإنَّ قَومًا من بَني إسرائيلَ مُسِخت ضِبابًا، فأخاف أن تكونَ هذه منها»[٣].

والجَوابُ عمّا رُوِي: أنَّه كان في ابتِداء الإسلامِ حين كان تَأكُلُ العَرَبُ الحَيّاتِ،

=«المختار» ص٨٣.

(١) روى البخاري (٥٤٠٠) ومسلم (١٩٤٥) واللفظ للأول: عن ابن عباس عن خالد بن الوليد قال: أُتِي النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بضب مشوي، فأهوى إليه ليأكل، فقيل له: إنه ضب، فأمسك يده، فقال خالد: أحرام هو؟ قال: «لا، ولكنه لا يكون بأرض قومي، فأجدني أعافه»، فأكل خالد ورسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ينظر. قال مالك عن ابن شهاب: «بضب محنوذ».

(٢) روى مسلم (١٩٥١) عن أبي سعيد قال: قال رجل: يا رسول الله! إنا بأرض مَضَبَّة، فما تأمرنا؟ أو فما تفتينا؟ قال: «ذكر لي أن أمةً من بني إسرائيل مسخت»، فلم يأمر ولم ينه، قال أبو سعيد: فلما كان بعد ذلك قال عمر: إن الله عَزَّ وَجَلَّ لينفع به غير واحد، وإنه لطعام عامة هذه الرعاء، ولو كان عندي لطعمته، إنما عافه رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

وروى مسلم أيضًا (١٩٤٩) عن جابر بن عبد الله قال: أُتِي رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بضب، فأبى أن يأكل منه، وقال: «لا أدري لعله من القرون التي مسخت».

(٣) روى الإمام أحمد (١٧٧٥٧) عن عبد الرحمن بن حسنة قال: كنا مع النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في سفر، فنزلنا أرضًا كثيرة الضباب، قال: فأصبنا منها وذبحنا، قال: فبينا القدور تغلي بها، إذ خرج علينا رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: «إن أمة من بني إسرائيل فقدت، وإني أخاف أن تكون هي، فأكفئوها» فأكفأناها. وانظر رواية مسلم المارة.

ثم نُسِخ.

ولأنَّ ما رَوَيناه مُحرِّمٌ، فيترَجَّحُ على المُبيح.

ثم قَولُه: (وقال الشافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يُكرَه أكلُ الضَّبِّ) يُؤذِنُ أنَّ الخِلافَ في الضَّبِّ لا في الضَّبُع، وقد صَرَّح في «مَبسوط» فخرِ الإسلامِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ وغيرِه الخِلافَ فيهما[1]، فيَحتَمِلُ أن يكونَ له فيه قولانِ، ويَحتَمِل أن يكون ذِكرُ الضَّبِّ مُتضمِّنًا لذِكر الضَّبُعِ.

وكذلك الحَشراتُ كُلُّها يُكرَه أكلُها؛ لقوله تعالى: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيۡهِمُ ٱلۡخَبَٰٓئِثَ﴾ [الأعراف:١٥٧].

الحَشَراتُ: صِغارُ دَوابِّ الأرضِ.

وكأنّه أراد بقَوله: (كُلُّها) المائِيَّ والبَرِيَّ، مثلَ الضِّفدِعِ وغيرِه.

قَولُه تعالى: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيۡهِمُ ٱلۡخَبَٰٓئِثَ﴾: قال الإمامُ المَعروفُ بخُواهَر زادَه رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الخَبيثُ: ما يَستَخبِثُه الطَّبعُ السَّليمُ، والطِّباعُ السَّليمةُ تَستَخبِثُ هذه الحَشَراتِ، وكان يَنبَغي أن تكونَ حَرامًا، لكن لمّا وَقَع الاختِلافُ في تَأويله: أُطلِقَ لَفظُ الكَراهةِ.

ولا يَجوزُ أَكلُ الحَميرِ الأهلِيّةِ والبِغال؛ لأنهم حين فَتَحوا خَيبَر -والقُدورُ تَغلي بلُحوم الحَمير- نادى مُنادي رَسولِ اللهِ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ: ألا إن لُحومَ الحُمُرِ الأهلِيّةِ وخَيلِها وبِغالِها حَرامٌ إلى يوم القِيامة، فنودِيَ أن اكْفَؤوا القُدور[2].

(١) كما في «الهداية» ٤/ ٣٥٢.

(٢) رواه البخاري (٣١٥٥) ومسلم (١٩٣٧).

وما جاء في حِلِّ شيءٍ من هذه الأشياء، فنحنُ نُرجِّحُ المُحَرَّمَ احتياطًا.

كَفَأَ الإناءَ: قَلَبه ليُفرِغَ ما فيه، وأكفَأَه لُغةٌ.

ويُكرَه لَحمُ الفَرَسِ.

وقالا: لا يُكره، وقال بعضُ الصَّحابة: كنا نَأكُلُ لَحمَ الفَرَسِ على عهد رسولِ اللهِ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ[١].

لأبي حنيفة: قولُه تعالى: ﴿وَٱلْخَيْلَ وَٱلْبِغَالَ وَٱلْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً﴾ [النحل:٨]، ولم يَذكُر فيه مَنفعةَ الأَكل، مع أن الآياتِ سيقَت لبَيان النِّعمة، ومَنفعةُ الأَكلِ أَقوى.

قَولُه: (ومَنفَعةُ الأكلِ أَقوى) أي مَنفَعةُ الأكلِ أَقوى من سائِر مَنافِعِها، والحَكيمُ لا يَترُكُ الامتِنانَ بأعلى النِّعمِ ويَمتَنُّ بأدناها، فلو كان مَنفَعةُ الأكلِ ثابتةً لبُيِّن في مَوضِع المِنّةِ.

فإن قيل: بذِكر الأدنى يُفهَم[٢] الأعلى بالطَّريق الأَولى.

قُلنا: هذا يَستَقيم إذا كان البَيان بطَريق الكِفايةِ[٣]، وما نحن فيه من قَبيل بَيانِ النِّهايةِ[٤]، دَليلُه: سِباقُ[٥] الآيةِ، وهو قَولُه تعالى: ﴿وَٱلْأَنْعَٰمَ خَلَقَهَا لَكُمْ فِيهَا دِفْءٌ وَمَنَٰفِعُ وَمِنْهَا تَأْكُلُونَ﴾ [النحل:٥]، ثم عَطَف عليه: ﴿وَٱلْخَيْلَ وَٱلْبِغَالَ وَٱلْحَمِيرَ﴾ [النحل:٨]

---

(١) روى البخاري (٥٥١٠) ومسلم (١٩٤٢) عن أسماء بنت أبي بكر رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا قالت: نحرنا على عهد النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فرسًا فأكلناه.

(٢) في (هـ): يعرف.

(٣) في (ز): الكناية. والمعنى أن يذكر البعض ويراد الكل من طريقه،

(٤) أي أن الآية جامعة مانعة، فلا يدخل فيها ما لم يذكر في عبارتها.

(٥) في (و): سياق، وفي (هـ) غير منقوطة.

من غير ذِكرِ شيءٍ آخَرَ من المَنافِعِ، فلمّا قال: ﴿لِتَرْكَبُوهَا﴾ [النّحل:٨] ثَبت أنَّ الحُكمَ في المَعطوف عليه غيرُ[1] الحُكمِ في المَعطوف.

وبهذه الآيةِ يَستَدِلّون على حُرمة لَحمِ الحُمُرِ الأهليّة أيضًا.

وفِعلُ الصَّحابةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ يَحتَمِلُ أنَّه كان في الابتِداء ثم نُسِخ.

ثم قيل: الكَراهةُ عنده كَراهةُ تَنزيهٍ، وقيل: كَراهةُ تَحريمٍ، **وهو الأصَحُّ**[2].

ورُوِي عن عبد الرَّحيمِ الكَرمينيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أنَّه رَأى رَسولَ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في المَنام، فسَأَل عن هذا، فقال: (كَراهةُ تَحريمٍ يا عبدَ الرَّحيمِ)[3].

ولا بأس بأَكلِ الأَرنَب؛ للخَبَر المَرويِّ فيه[4].

---

(١) في (هـ): عين.

(٢) قال المصنف في «الكافي» ٩/ ٢٦٩: ثم قِيل: الكَراهةُ عندَه كَراهةُ تَنزيهٍ؛ لأن كَراهتَه لِمَعنى الكَرامةِ؛ كيلا يَحصُلَ بإباحته تَقليلُ آلةِ الجِهادِ، ولهذا كان سُؤرُه طاهِرًا، وهو ظاهِرُ الرِّوايةِ، وهو الصَّحيحُ، كذا ذَكَره فخرُ الإسلامِ وأبو الْمُعينِ في جامِعَيهما، وقِيل: كَراهةُ تَحريم.

وحُكِي عن عَبد الرَّحيمِ الكَرْمينيِّ أنه قال: كُنتُ مُتردِّدًا في هذه الْمَسألةِ، فرَأيتُ أبا حنيفة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في الْمَنام يَقولُ لي: (كَراهةُ تَحريمٍ يا عبدَ الرَّحيمِ)، وإليه مال صاحِبُ «الحصرِ» و«الهِدايةِ».

(٣) ذكر المصنف رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى هذه القصة في «الكافي» ٩/ ٢٦٩، وذكر أن المرئي فيها هو الإمام أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى، وكذلك ذكرها العيني في «البناية» ١١/ ٥٩٨، وملا خسرو في «الدرر» ١/ ٢٨٠، وشيخي زاده في «مجمع الأنهر» ٢/ ٥١٣.

(٤) روى البخاري (٥٤٨٩) ومسلم (١٩٥٣) عن أنس بن مالك رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: أنفجنا أرنبًا بمر الظهران، فسعوا عليها حتى لغبوا، فسعيت عليها حتى أخذتها، فجئت بها إلى أبي طلحة، فبعث إلى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بوركيها أو فخذيها، فقبِله.

وفي رواية للبخاري (٢٥٧٢)، عن هشام بن زيد بن أنس بن مالك، عن أنس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قال:=

قَولُه: (للخَبَر المَرويِّ فيه) رُوِي أنَّ أعرابيًا أَهدى إلى رَسول اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أرنبًا، فأكَله وأكَل أصحابُه[1]، كذا في «مَبسوط» فَخرِ الإسلام رَحِمَهُ اللهُ[2].

وإنَّما قال: (لا بأس) لمَكان الاجتِهادِ؛ لأنَّ من النّاس من تَوهَّم أنَّ الأرنبَ يَحيض فيَكونُ شَبيهًا بالآدميِّ، ولأنَّ أُذنَه كأذُن الحِمارِ، فيَكونُ حَرامًا كهذا، ألا ترى أنَّ أبا حنيفةَ رَحِمَهُ اللهُ حَرَّم لَحمَ الفَرَسِ لمُشابَهته الآدميَّ من حيث إنَّ له سَهمًا في الغَنيمة[3]!

=أنفجنا أرنبًا بمر الظهران، فسعى القوم فلغبوا، فأدركتها فأخذتها، فأتيت بها أبا طلحة، فذبحها وبعث بها إلى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بوركها أو فخذيها -قال: فخذيها لا شك فيه- فقبله، قلت: وأكل منه؟ قال: وأكل منه، ثم قال بعدُ: قَبِله.

وروى النسائي (٢٤٢٧) عن ابن الحوتكية قال: قال أبي: جاء أعرابي إلى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ومعه أرنب قد شواها وخبز، فوضعها بين يدي النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ثم قال: إني وجدتها تَدمى، فقال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لأصحابه: «لا يضر، كلوا»، وقال للأعرابي: «كل»، قال: إني صائم، قال: «صوم ماذا؟»، قال: صوم ثلاثة أيام من الشهر، قال: «إن كنت صائمًا فعليك بالغر البيض، ثلاث عشرة، وأربع عشرة، وخمس عشرة»، قال أبو عبد الرحمن -النسائي-: الصواب عن أبي ذر، ويشبه أن يكون وقع من الكتاب ذر، فقيل أبي.

وفي رواية عنده أيضًا (٢٤٢٩): «كلوا، فإني لو اشتهيتها أكلتها».

وروى أبو داود (٢٨٢٢) والترمذي (١٤٧٢) والنسائي (٤٣٩٩) وابن ماجه (٣٢٤٥) عن محمد بن صفوان أو صفوان بن محمد، قال: اِصَّدتُ أرنبين، فذبحتهما بمروة، فسألت رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عنهما، فأمرني بأكلهما.

(١) تقدم تخريجه في المتن.

(٢) قوله: (كذا في مبسوط فخر الإسلام رَحِمَهُ اللهُ) مثبت من (ز).

(٣) لعل المقصود بالمانعين الروافض والله تعالى أعلم، وأما أهل السنة رضي الله تعالى عنهم وأرضاهم فقد قال الإمام العيني رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى في «البناية» ١١/ ٥٩٩: ولا خلاف فيه لأحد من العلماء، قال الكرخي في «مختصره»: ولم يروا جميعًا بأسًا بأكل الأرنب. انتهى. =

وإذا ذُبِح ما لا يُؤكَلُ لحَمُه: طَهُر لَحمُه وجِلدُه؛ لزَوال الرُّطوباتِ النَّجِسةِ بالذَّكاة.

إلا الآدَمِيَّ والخِنزيرَ، فإن الذَّكاةَ لا تَعمَلُ فيهما، أما الآدميُّ: فلشَرَفه، وأما الخِنزيرُ: فلنجَاسته؛ لقوله تعالى: ﴿أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُۥ رِجْسٌ﴾ [الأنعام:١٤٥]، والهاء: كنايةٌ عن أقرب المَكْنِيّات، وهو الخِنزيرُ لا اللَّحمُ.

ولا يُؤكَل من حَيوان الماءِ إلا السَّمكُ؛ لقوله تعالى: ﴿يُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾ [الأعراف:١٥٧].

قَولُه تعالى: ﴿يُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾: وما سوى السَّمَكِ من حَيوان الماءِ -كالخِنزير، والكَلبِ، والإنسانِ[1]- خَبيثٌ، يَستَخبِثُه الطَّبعُ السَّليمُ، فيَحرُمُ.

والسَّمَكُ، والجِرّيثُ، والمَارْماهيُّ، وأنواعُ السَّمَك، والجَرادُ: تَحِلُّ بلا ذَكاةٍ؛ لقوله عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ: «أُحِلَّت لنا مَيتتانِ ودَمانِ، أما المَيتتانِ: الحَوتُ والجَرادُ، والدَّمانِ: الكَبِدُ والطِّحالُ»[2].

= وقد روى الإمام أبو يوسف في «الآثار» (١٠٥٢) وابن أبي شيبة (٢٤٢٧٧) وأبو يعلى (١٦١٢) عن موسى بن طلحة: أن رجلًا سأل عمر عن الأرنب، فقال عمر: لولا أني أكره أن أزيد في الحديث وأنقص منه، وسأرسل لك إلى رجل، فأرسل إلى عمار، فجاء فقال: كنا مع النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فنزلنا في موضع كذا وكذا، قال: فأهدى إليه رجل من الأعراب أرنبًا فأكلناها، فقال الأعرابي: إني رأيت دمًا، فقال النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا بأس».

قال في «المبسوط» ١١/ ٢٣٠: وقول الأعرابي: إني رأيت دمًا: مراده ما يقول جهال العرب: أن الأرنبة تحيض كالنساء، فبين رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن ذلك ليس بشيء.

(١) أي خنزير الماء وكلب الماء وإنسان الماء.

(٢) رواه الإمام الشافعي (٦٠٧) بترتيب السندي، والإمام أحمد (٥٧٢٣)، وابن ماجه (٣٣١٤).

الجِرِّيثُ والمارْماهيُّ: نوعانِ من السَّمَك.

فإن قيل: قَولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أُحلَّت لنا مَيتتانِ ودَمانِ» وَرَد مُخالِفًا لقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ﴾ [المائدة:٣].

قُلنا: هذا الحَديثُ مَشهورٌ، فيَجوزُ التَّخصيصُ به.

ولأنَّ الألِفَ واللّامَ إنَّما تُصرَف إلى الجِنس إذا لم يكن ثَمّة مَعهودٌ، والمَيْتةُ من الدَّمَويّات كانت مَعهودةً عندهم، وكذا الدَّمُ يُصرَف إلى المَعهود، وهو الدَّمُ المَسفوحُ.

ولأنَّ هذا الحَديثَ مُؤَيَّدٌ بالإجماع، فيَجوزُ التَّخصيصُ بمِثله.

على أنَّ حِلَّ السَّمَكِ ثَبَت بقَوله تعالى: ﴿مِن كُلٍّ تَأْكُلُونَ لَحْمًا طَرِيًّا﴾ [فاطر:١٢]، وقَولِه تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ﴾ [المائدة:٩٦]، سَمّاه لَحمًا وطَعامًا، وذلك لا يَتوقَّفُ حِلُّه على الذَّبح.

والكَبِدُ صار حَلالًا بدَلالة قَولِه تعالى: ﴿قُل لَّا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا...﴾ الآيةَ [الأنعام:١٤٥].

ويُكرَه أَكلُ السَّمَكِ الطّافي منها عندنا؛ لقوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «ما نَضَب عنه الماءُ فكُل، وما طَفا فلا تَأكُل»[1].

---

(١) رواه الطبراني في «الأوسط» (٥٦٥٦) بلفظ: عن جابر قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «ما نضب عنه البحر وهو حي فمات فكلوه، وما ألقى البحر حيًّا فمات فكلوه، وما وجدتموه ميتًا طافيًا فلا تأكلوه».

وقال في «نصب الراية» ٤/ ٢٠٢: روى جابر عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «ما نضب عنه=

الطَّافِي: الذي يَموتُ في الماء فيَعلو ويَظهَرُ.

نَضَب الماءُ: غار وسَفُل.

مَجموعُ ما ذَكَرنا من بَيان اللُّغةِ في هذا الكِتاب من «المُغرِب»[1].

❁❁❁

لَمّا ذَكَر الاصطيادَ احتاج إلى بَيان ذَكاةِ الاضطِراريِّ، ثم ذَكَر الاختيارِيَّ استِطرادًا، ثم ذَكَر الأُضحيّةَ لأنّها من أنواع المُذَكّاةِ[2].

=الماء فكلوا، وما لفظه الماء فكلوا، وما طفا فلا تأكلوا»: غريب بهذا اللفظ، وأخرج أبو داود (٣٨١٥)، وابن ماجه (٣٢٤٧) عن جابر أن رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «ما ألقاه البحر، أو جزر عنه: فكلوه، وما مات فيه وطفا: فلا تأكلوه»... إلخ.

(١) قوله: (وسفل مجموع ما ذكرنا من بيان اللغة في هذا الكتاب من المغرب) مثبت من (ز).

(٢) في (هـ) و(و): الذكاة.

كتابُ الأُضحيَّة

كتابُ الأضحيّة

الأُضحِيَّةُ واجِبةٌ على كل مُسلِمٍ، حُرٍّ، مُقيمٍ، موسِرٍ، في يوم الأضحى؛ لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «على كلِّ أهلِ بيتٍ في كل عامٍ أَضحاةٌ وعَتيرة»[١]، وقال النبيُّ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «ضَحّوا فإنها سُنّةُ أبيكُم إبراهيمَ عَلَيْهِ السَّلَامُ»[٢].

وقال الشافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا تَجِب؛ لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «ثَلاثٌ كُتِبت عليَّ وهي لكم سُنّةٌ: الوِتر والضُّحى والأَضحى»[٣].

---

(١) رواه الإمام أحمد (١٧٨٨٩)، وأبو داود (٢٧٨٨)، والترمذي (١٥١٨)، والنسائي (٤٢٢٤)، وابن ماجه (٣١٢٥).

(٢) لم أقف عليه بهذا اللفظ، وبيض له العلامة قاسم في «التعريف والإخبار» ٤/ ٤٥، وذكره من أئمتنا السرخسي في «المبسوط» ١٢/ ٨، والكاساني في «البدائع» ٥/ ٦٢.

وروى الإمام أحمد (١٩٢٨٣) وابن ماجه (٣١٢٧) والحاكم (٣٤٦٧) عن زيد بن أرقم قال: قلت -أو قالوا-: يا رسول الله! ما هذه الأضاحيّ؟ قال: «سنة أبيكم إبراهيم»، قالوا: ما لنا منها؟ قال: «بكل شعرة حسنة»، قالوا: يا رسول الله! فالصوف؟ قال: «بكل شعرة من الصوف حسنة».

(٣) روى عبد الرزاق (٤٥٧٣) عن معمر عن أبان عن عكرمة قال: قال النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «ثلاث هن علي فريضة ولكم تطوع: الضحية، وصلاة الضحى، والوتر». =

اعلَم أنَّ الحُقوقَ الواجِبةَ في الأموال على ضَربَين:

منها: ما يَجِبُ بطَريق التَّمليكِ، كالزَّكاة.

ومنها: ما يَجِبُ بطَريق الإتلافِ، كالإعتاق والتَّضحيةِ.

والأُضحِيَّةُ: ما يُضحَّى بها، والمُراد من قَوله: (الأُضحيَّةُ واجِبةٌ) التَّضحيةُ -واللهُ أعلَمُ-؛ لأنَّ الأفعالَ تُوصَفُ بالوُجوب[1].

ويَحتَمِلُ أن يَكونَ المُرادُ حَقيقتَها، ويَكونَ الوُجوبُ صِفةَ العَينِ[2]، كما تُوصَفُ العَينُ بالحُرمة، وقد عُرِف[3].

= وقال في «التلخيص الحبير» ٣/ ٢٥٦: روي أنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «ثلاث كتبت علي، ولم تكتب عليكم: السواك، والوتر، والأضحية»: لم أجده هكذا، والمختص بالأضحية يوجد من الحديث الذي قبله من طرق فيها ذكر الأضحى، والنحر، ونحو ذلك، وأما الوتر والسواك فسيأتي في الحديث الذي بعده.

(فائدة): نقل المصنف عن أبي العباس الروياني أنها لم تكن واجبة عليه. انتهى.

قلت: الحديث الذي قبله: «أمرت بركعتي الضحى ولم تؤمروا بها، وأمرت بالأضحى ولم تكتب» رواه الإمام أحمد (٢٩١٦).

ورواه أبو يعلى (والإمام أحمد ٢٩١٧) من طريق شريك بلفظ: «كتب علي النحر ولم يكتب عليكم، وأمرت بصلاة الضحى ولم تؤمروا بها».

والحديث الذي بعده: «ثلاث هن علي فريضة، ولكم سنة: الوتر، والسواك، وقيام الليل» رواه الطبراني في «الأوسط» (٣٢٦٦).

(١) لا الأسماء والأشياء.

(٢) في (هـ): الغير، وفي (و): للعين.

(٣) قرر السيرافي أن إقامة العين مُقام الفعل ليس بمعنى أن يوصف في المحل بالحرمة بدلًا عن توصيف الفعل بها؛ لأن استعمال لفظ الأسد في الشجاع بدل عن استعماله في المفترس فيكون=

العَتيرةُ: ذَبيحةٌ كانت تُذبَح في رَجَبَ، يَتقرَّبُ بها أهلُ الجاهِليّة والمُسلِمون في صَدر الإسلامِ، ثم نُسِخ[1]، كذا في «المُغرِب».

=مجازًا، بل معنى أن توصف العين بالحرمة حقيقة لكن المقصود منه إفادة حرمة الفعل ونفيه بالطريق الأولى؛ لأنه يتصور بدون المحل، فإذا انتفى المحل كان الفعل بالانتفاء أولى، وبالمنع أحرى، فهذا كالكناية أريد بها الموضوع له لكن لا لذاته بل لينتقل إلى لازمه، فلا يكون من المجاز في شيء، وفي «التحرير»: وادعى فخر الإسلام وغيره من الحنفية الحقيقة بقصد إخراج المحل عن المحلية تصححه بادعاء تعارف تركيب منع العين لإخراجها عن محليته بالفعل المتبادر لا مطلقًا، وفيه زيادة سبب العدول عن التعليق بالفعل إلى التعليق بالعين. انتهى، «النهر» ٢/ ١٨٦.

وقال السغناقي في «شرح البزدوي» ٢/ ٨٥٦: فلذلك قالوا: كان وصف العين بالحرمة مجازًا، ولكنا نقول: بأن التحريم متى أضيف إلى المحل كان ذلك أمارة لزومه وتحققه، وهذا ينفي كونه مجازًا لما أن اسم المجاز غير لازم لمحل المجاز، ولهذا صح نفيه.

أما بيان أمارة لزومه: أن العين يبقي فيبقى التحريم ما بقي العين، فأما إذا كانت الحرمة مضافة إلى الفعل، والفعل مما لا يبقى حينئذٍ يبقى العين مطلقًا غير محرم حين انعدم الفعل أو اتصف الفعل بالحل، كما في أكل مال الغير ينقلب إلى الحل بالإذن.

وقال البخاري في «كشف الأسرار» ٢/ ١٠٧: نقول: يصح وصف العين بالحرمة حقيقة، كما يصح وصف الفعل بها، ومعنى اتصافها بها خروجها من أن يكون محلًا للفعل شرعًا، كما أن معنى وصف الفعل بالحرمة خروجه من الاعتبار شرعًا، فإذا أمكن العمل بحقيقته لا معنى للإضمار؛ لأنه ضروري يصار إليه عند تعذر العمل بظاهر اللفظ، ولأن الحرمة عبارة عن المنع، قال تعالى: ﴿وَحَرَّمْنَا عَلَيْهِ ٱلْمَرَاضِعَ﴾، أي منعنا، وقال جل جلاله: ﴿قَالُوٓاْ إِنَّ ٱللَّهَ حَرَّمَهُمَا عَلَى ٱلْكَٰفِرِينَ﴾، أي منعهم شراب الجنة وطعامها، ومنه حرم مكة؛ لمنع الناس عن الاصطياد فيه وغيره، وحريم البئر لمنع الغير عن التصرف في حواليها.

فيوصف الفعل بالحرمة على معنى أن العبد منع عن اكتسابه وتحصيله، فيصير العبد ممنوعًا والفعل ممنوعًا عنه، وتوصف العين بالحرمة على معنى أن العين منعت عن العبد تصرفًا فيها، فيصير العين ممنوعة والعبد ممنوعًا عنها... إلخ.

(١) انظر الناسخ والمنسوخ في العتيرة في «الاعتبار» للحازمي ص١٥٦.

قَولُه عَلَيْهِ السَّلَامُ: «على كلِّ أهلِ بَيتٍ»: المُرادُ منه -واللهُ أعلَمُ- قَيِّمُ أهلِ البَيتِ؛ لأنَّ اليَسارَ له، ويُؤيِّدُه ما يُروى: «على كلِّ مُسلِمٍ في كلِّ عامٍ أَضحاةٌ وعَتيرةٌ»[1].

ووَجهُ الاستِدلالِ: ما ذُكِر في «الأسرار»: أنَّ كَلِمةَ (على) للإيجاب، إلا أنَّ العَتيرةَ نُسِخت بالإجماع، ولا دَليلَ على النَّسخ في الأُضحيّة.

ولا يُقال: إن انتَساخَ العَتيرةِ يَدُلُّ على انتِساخ الأُضحِيّةِ[2]، ألا ترى[3] أنَّ أبا حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ استَدَلَّ بانتِساخ المُثلةِ على انتِساخ حَديثِ العُرَنيِّين[4]، واستَدللنا نحن على انتِساخ التَّغريبِ بانتِساخ الجَمعِ بين الجَلدِ والرَّجمِ[5]!

لأنّا نَقولُ: لَمّا جاز أن يكونَ للنَّصِّ حُكمانِ، ويُنسَخ في حَقِّ أَحَدِ الحُكمَين دون الآخَرِ -ولهذا جَوَّزنا نَسخَ التِّلاوةِ دون الحُكمِ، وعلى العكس-: جاز أن يَكونَ أَحَدُ شَطرَي الحَديثِ مَنسوخًا دون الآخَرِ بالطَّريق الأَولى.

قَولُه: «ضَحُّوا» أمرٌ، وإنَّه يُفيدُ الوُجوبَ إذا تَجرَّد عن القَرائِن الصَّارِفةِ عن الوُجوب.

ولا يُقال: قد وُجِد الصَّارِفُ هنا، وهو قَولُه: «سُنّةُ أبيكم إبراهيمَ عَلَيْهِ السَّلَامُ»؛ لأنَّ السُّنّةَ هي الطَّريقةُ المَسلوكةُ في الدِّين المَرضيّةُ، والواجِبُ على هذا سُنّةٌ، ويَجِبُ أن

---

(١) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢١١: رواية غريبة، وجهل من استشهد بحديث مخنف بن سليم المتقدم. انتهى، وقال العيني في «البناية» ١٢/ ١٨: هذه الرواية لم تثبت.

(٢) قوله: (ولا يقال أن انتساخ العتيرة يدل على انتساخ الأضحية) مثبت من (هـ).

(٣) العبارة في (ز): إلا أن العتيرة تدل على انتساخ الأضحية ألا ترى.

(٤) تقدم تخريج حديث العرنيين.

(٥) تقدم تخريج الحديث ونسخه.

يُحمَلَ على هذا..

لأنَّ السُّنّةَ في حَقِّ الخَليلِ صلوات الله عليه كانت في ذَبح الفِداءِ، وقد كان ذلك واجِبًا عليه.

فإن قيل: هذا التَّأويلُ إن صَحَّ في قَوله: «ضَحُّوا فإنَّها سُنّةُ أبيكم» لم يَصِحَّ في قَوله: «وهي لكم سُنّةٌ»؛ لأنَّ اللّامَ لعَود المَنفَعةِ، ولو كان واجِبًا لقال: (وهي عليكم).

قيل: جاز أن تكونَ اللّام بمَعنى (على)، قال اللهُ تعالى: ﴿إِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا﴾ [الإسراء: ٧]، أي فعليها[١].

على أنَّه ذُكِر في بعض الرِّوايات: «ولم تُكتَب عليكم»[٢] مَكانَ قَولِه: «وهي لكم سُنّةٌ»، وهي غيرُ مَكتوبةٍ علينا؛ لأنَّها ليست بفَريضةٍ.

ولا يُقال: إنَّ اقتِرانَ الأَضحى بالضُّحى يَدُلُّ على أنَّها سُنّةٌ..

لأنَّ القِرانَ في النَّظم لا يُوجِب القِرانَ في الحُكم، وقد عُرِف[٣].

وتَجِبُ عن نَفسه وعن أولاده الصِّغارِ، يَذبَحُ عن كلِّ واحِدٍ منهم شَاةً، كذا

---

(١) ذكره إمام الهدى في «تفسيره» ٣/ ٥٢٧.

(٢) انظر تخريجها في حديث المتن السابق.

(٣) فهو من الأصول غير الصحيحة للاستدلال عند الحنفية، قال العلامة قاسم في «خلاصة الأفكار» ص١١٧: (والقران في النظم) أي الجمع بين كلامين بحرف العطف، نحو قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتُواْ ٱلزَّكَوٰةَ﴾ (لا يوجب القران في الحكم) عندنا. وقال بعضهم: يوجب ذلك، فلا تجب الزكاة على من لا تجب عليه الصلاة بسبب ذلك؛ لأن العطف موجب الاشتراك.

ولنا: أن الشركة للافتقار لا للعطف، بدليل قوله تعالى: ﴿مُّحَمَّدٌ رَّسُولُ ٱللَّهِۚ وَٱلَّذِينَ مَعَهُۥٓ أَشِدَّآءُ عَلَى ٱلْكُفَّارِ﴾ الآية. انتهى.

ذَكَره[1] القُدوريُّ.

والبَدَنةُ عن سبعةٍ، والبَقرةُ عن سَبعةٍ.

وليس على الفَقير والمُسافِرِ أُضحِيّةٌ؛ لأن الفَقيرَ عاجِزٌ، وأما المُسافِرُ؛ فلأنَّ الظَّاهِرَ أنه لا يَجِدُ الأُضحِيّةَ، أو يَتوى[2] اللَّحمُ.

قَولُه: (أو يَتوى اللَّحمُ) تَوى المالُ: أي هَلَكَ[3]، أي الظَّاهِرُ أنَّه لا يَجِدُ الأُضحِيّةَ، وإن وَجَد يَتوى اللَّحمُ، فيَكونُ إضرارًا في حَقِّه.

ووَقتُ الأُضحِيّة: بعد[4] طُلوعِ الفَجرِ من يَوم النَّحر؛ لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «أيّامُ النَّحرِ ثَلاثةٌ، أوَّلُها أفضَلُها»[5].

---

(١) في (أ): رواه.

(٢) في (ب): ينوي. وشرح «الهادي» موافق لها، وشرح «المستصفى» موافق لبقية النسخ.

(٣) ورد في «الهادي» أنه من النية، وقال: حتى لو نَوى واحِدٌ منهم اللَّحمَ: بَطَلت أُضحِيّةُ الباقين.

(٤) في (أ): حين.

(٥) قال في «الهداية» ١/ ١٤٥ في باب الإحرام: وفي الحديث: «أفضلها أولها».

قال الزيلعي في «نصب الراية» ٣/ ٨٣: غريب جدًّا، وفي «الدراية» ٢/ ٢٧: لم أجد هذا الحديث، ورواه ابن حزم في المحلى موقوفًا على علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ٦/ ٤٠، ورواه الكرخي في مختصره بإسناده عن علي أيضًا كما في «البناية» ١٢/ ٢٨.

وقال في «الهداية» ٤/ ٣٥٧ في كتاب الأضحية: ولنا ما روي عن عمر وعلي وابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أنهم قالوا: أيام النحر ثلاثة، أفضلها أولها. وقد قالوه سماعًا؛ لأن الرأي لا يهتدي إلى المقادير. انتهى.

قال في «الدراية» ٢/ ٢١٥: أما عمر: فلم أره، وأما علي فذكره مالك في «الموطأ» (٢٨٧) عنه بلاغًا، وأما ابن عباس: فلم أجده، لكن في «الموطأ» (٢/ ٤٨٧) عن نافع عن ابن عمر أنه كان يقول: الأضحى يومان بعد يوم النحر. انتهى. =

رُوِي عن عمرَ[1]، وعليٍّ، وابنِ عبّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، وغيرِهم من الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، أنَّهم قالوا: أيّامُ النَّحرِ ثَلاثةٌ، وقد قالوه تَوقيفًا؛ لأنَّ المَقاديرَ لا يَهتَدي إليها العَقلُ.

واليَومُ: من وَقتِ طُلوعِ الفَجرِ إلى غُروب الشَّمسِ، بخِلاف النَّهارِ، فعُلِم أنَّه يَدخُلُ وَقتُه بطُلوع الفَجرِ.

إلا أنه لا يَجوزُ لأهل الأَمصارِ الذَّبحُ حتى يُصليَ الإمامُ صَلاةَ العيد؛ لقوله

= وقال العلامة قاسم في «المنية» ص٥٥: روى الطحاوي في «الأحكام» (٢/ ٢٠٥) أثرَ عليٍّ وابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

قال العيني في «البناية» ١٢/ ٢٨: (ولنا ما روي عن عمر وعلي وابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أنهم قالوا: أيام النحر ثلاثة أفضلها أولها) قال الزيلعي في «تخريج أحاديث الهداية»: هذا غريب جدًّا، يعني عن هؤلاء الأصحاب الثلاثة. وليس كذلك.

قال الكرخي في «مختصره»: حدثنا أبو بكر محمد بن الجنيد، قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا هشيم، قال: أخبرنا ابن أبي ليلى، عن المنهال ابن عمرو، عن زر بن حبيش، وعباد بن عبد الله الأسدي، عن علي رضي الله تعالى عنه: أنه كان يقول: أيام النحر ثلاثة أيام، أولهن أفضلهن.

وعن ابن عباس وعن ابن عمر مثله، قال: النحر ثلاثة أيام أولها أفضلها.

وروي: النحر ثلاثة أيام: عن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وأنس بن مالك، وسعيد بن المسيب، وسعيد بن جبير، وعن الحسن، وعن إبراهيم النخعي.

وقال محمد في كتاب «الآثار»: أخبرنا أبو حنيفة، عن حماد، عن إبراهيم، عن علقمة، قال: الأضحى ثلاثة أيام، يوم النحر ويومان بعده.

وحديث مالك رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في «الموطأ» عن نافع عن ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه كان يقول: الأضحى يومان بعد يوم الأضحى.

وفي «سنن» البيهقي عن قتادة عن أنس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: الذبح بعد يوم النحر يومان. انتهى.

(١) في (و): عن ابن عمر.

عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ: «من ضَحَّى قبل الصَّلاةِ فليُعِد ذبيحتَه[1]، ومن ذَبَح بعد الصَّلاةِ فقد تَمَّ نُسُكُه، وأَصاب سُنَّةَ المُسلِمين»[2].

وكان يَنبَغي أن يَجوزَ لأهل الأمصارِ الذَّبحُ قبل الصَّلاةِ؛ لوُجود الوَقتِ، فقال:

(إلا أنَّه لا يَجوزُ لأهلِ الأمصارِ الذَّبحُ قبل الصَّلاةِ) لا لعَدَم الوَقتِ، بل لأمرٍ آخَرُ، ولهذا قال في «الواقِعات»: لو أنَّ بَلدةً وَقَعت فيها فَترةٌ، ولم يَبقَ فيها والٍ يُصلِّي بِهم صَلاةَ العيدِ، فضَحَّوا بعد طُلوعِ[3] الفَجرِ: جاز.

واعلَم أنَّ لهذا الأثَرِ عِبارةً وإشارةً: فالعِبارةُ ظاهِرةٌ، والإشارةُ ما ذَكَرنا، ثم إنَّ المُصنِّفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ ذَكَره في مَوضِع الإشارةِ، ولم يَذكُره في مَوضِع العِبارةِ -أعني عند قَولِه: وهي جائِزةٌ في ثَلاثة أيَامٍ-؛ لدَلالة ما سَبَق عليه، إيجازًا واختِصارًا، وهذا من لطائِف هذا الكِتابِ.

وأما أَهلُ السَّواد: فيَجوز بعد صَلاة الفَجر؛ لأنه لا صَلاةَ لهم يومَ العيد.

---

(١) في (أ): الأضحية.

(٢) رواه البخاري (٩٥٤) ومسلم (١٩٦٢) بلفظ: «من ذبح قبل الصلاة فليعد».

وروى مسلم (١٩٦٠) عن الأسود سمع جندبًا البجلي قال: شهدت رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ صلى يوم أضحى، ثم خطب فقال: «من كان ذبح قبل أن يصلي فليعد مكانها، ومن لم يكن ذبح، فليذبح باسم الله».

وروى مسلم (١٩٦١) عن البراء، قال: ضحى خالي أبو بردة قبل الصلاة، فقال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «تلك شاة لحم»، فقال: يا رسول الله! إن عندي جَذَعةً من المَعْز، فقال: «ضح بها، ولا تصلح لغيرك»، ثم قال: «من ضحى قبل الصلاة فإنما ذبح لنفسه، ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه، وأصاب سنة المسلمين».

(٣) في (و): صلاة.

وهي جائِزةٌ في ثلاثةِ أيّام: يومِ النَّحر، ويَومَين بعده.

قَولُه: (لأنّه لا صَلاةَ لهم) أي عليهم.

فإن قيل: يَنبَغي أن لا يَجوزَ لهم الذَّبحُ أيضًا قبل الصَّلاةِ؛ لإطلاق الحَديثِ.

قيل: النَّصُّ مَعلولٌ بعِلّةِ أنَّه يُوجِبُ التَّشاغُلَ به عن الصَّلاة، ولا صَلاةَ على أهل السَّوادِ، فلا يَتحَقَّقُ الشَّغلُ.

ولا يُضَحّي بالعَوراء، والعَمياء، والعَرجاءِ التي لا تَمشي إلى المَنسِك، ولا العَجفاء؛ لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «لا تُضَحُّوا بالعَرجاء البَيِّنُ عَرَجُها، ولا بالعَوراءِ البَيِّنُ عَوَرُها، ولا بالمَريضةِ البَيِّنُ ضِلَعُها[1]، ولا بالكَسيرةِ التي لا تُنْقِي»[2].

ولا يَجوزُ[3] مَقطوعةُ الأُذُنِ والذَّنَب؛ لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «استَشرِفوا العَينَ والأُذُن»[4].

---

(١) في (ب): طلعها، وفي الباقي: ضلعها.

(٢) رواه عن البراء مرفوعًا بلفظ قريب: أبو داود (٢٨٠٢)، والترمذي (١٤٩٧)، والنسائي (٤٣٧٠)، وابن ماجه (٣١٤٤). لكن جميعهم بلفظ: (ظلعها) بدل (ضلعها).

ولفظ الضلع رواه ابن الجارود (٩٠٧)، والروياني (٤٠١)، والطحاوي في «معاني الآثار» (٦١٨٨)، والجرجاني في «ترتيب الأمالي الخميسية» (١٧٦٧). ولكن جميع من روى اللفظين رواه في وصف العرجاء لا المريضة.

(٣) في (أ): ولا يجزئ.

(٤) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢١٤: روي من حديث علي، ومن حديث حذيفة.

فحديث علي: أخرجه أصحاب السنن الأربعة (د ٢٨٠٤ ت ١٤٩٨ ن ٤٣٧٣ ق ٣١٤٢) عن أبي إسحاق عن شريح بن النعمان عن علي، قال: أمرنا رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن نستشرف العين والأذن. انتهى، قال الترمذي: حديث حسن صحيح، ورواه الحاكم في «المستدرك» وقال: إسناده=

وكذلك التي ذَهَب أكثرُ أُذُنِها، وإن بَقِي الأكثرُ من الأُذُنِ والذَّنَب: جاز.

البَيِّنُ عَرَجُها: أي التي لا تَقومُ ولا تَمشي، حتى إذا كانت العَرجاءُ تَمشي: فلا بأس بها، وقد سَبَق تَقريرُ بعضِ هذه الألفاظِ في الحَجِّ.

ويَجوزُ أن يُضَحِّيَ بالجَمّاء، والخَصِيّ، والثَّولاء؛ لأن الدَّمَ واللَّحمَ وسائِرَ المَقاصِدِ تامّةٌ.

كَبشٌ أجَمُّ: لا قَرنَ له، والأُنثى: جَمّاءُ.

والثَّوْلاءُ: المَجنونةُ[1].

والأُضحِيّةُ من الإبِلِ والبَقَرِ والغَنَم، يُجزِئُ من ذلك كُلِّه الثَّنِيُّ فصاعِدًا؛ لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «ضَحُّوا بالثُّنيان، ولا تُضَحُّوا بالجُذعان»[2]، إلا الضَّأنَ فإن الجَذَعَ منه

=صحيح، ورووه أيضًا إلا أبا داود عن سلمة بن كهيل عن حجية بن عدي عن علي بنحوه، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، ورواه ابن حبان في «صحيحه» في النوع السادس والثمانين من القسم الأول، والحاكم في «المستدرك»، وصحح إسناده أيضًا، وقال: لم يحتج الشيخان بحجية بن عدي، وهو من كبار أصحاب علي.

وأما حديث حذيفة: فأخرجه البزار في «مسنده» (٢٩٣٢) والطبراني في «معجمه الوسط» (٩٤٢١) عن محمد بن كثير الملائي القرشي ثنا أبو سنان سعيد بن سنان عن أبي إسحاق الشيباني عن صلة بن زفر عن حذيفة قال: أمرنا رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن نستشرف العين والأذن. انتهى بلفظ البزار، قال الطبراني: قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «استشرفوا العين والأذن». انتهى. وقال: لا يروى عن حذيفة إلا بهذا الإسناد، وكذلك قال البزار، وزاد: وقد روي عن علي من غير وجه. انتهى.

(١) وفي «المصباح» ١/ ٨٨: وهو داء يشبه الجنون، وقال ابن فارس: الثَّوَل داء يصيب الشاة فتسترخي أعضاؤها.

(٢) لم أقف عليه، وذكره من أئمتنا السرخسي في «المبسوط» ٤/ ١٤١. وروى مسلم (١٩٦٣)=

يُجزِئ؛ لحديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «نِعمَ الأُضحِيّةُ الجَذَعُ من الضَّأن إذا كان ضَخمًا عَظيمًا»[1].

ويَأكُلُ من لَحم الأُضحِيّة، ويُطعِمُ الأَغنياءَ والفَقراء، ويدَّخِر؛ لقوله تعالى: ﴿فَكُلُواْ مِنۡهَا وَأَطۡعِمُواْ ٱلۡقَانِعَ وَٱلۡمُعۡتَرَّۚ﴾ [الحج:٣٦].

القانِعُ: الذي يَسأل، والمُعترُّ: الذي يَتعرَّض ولا يَسأل.

ومتى جاز أكلُه وهو غنيٌّ جاز أن يُؤكِلَه غَنيًّا.

ويُستَحَبُّ أن لا يَنقُصَ الصَّدقةَ من الثُّلُث.

(ويُستَحَبُّ أن لا يَنقُصَ الصَّدقةَ من الثُّلُث) لأنَّ الجِهاتِ ثَلاثةٌ: الأكلُ، والادِّخارُ، والإطعامُ، فانقَسَم عليها أثلاثًا.

ويَتَصَدَّقُ بجِلدها، أو يَعمَلُ منه آلةً تُستَعمَلُ في البيت.

قال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَن باع جِلدَ أُضحِيَّتِه فلا أُضحِيّةَ له»[2]، فلا جَرَم[3] يَتصَدَّقُ بجِلدها.

=عن جابر قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا تذبحوا إلا مسنة، إلا أن يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضأن».

(١) روى الإمام أحمد (٩٧٣٩) والترمذي (١٤٩٩) واللفظ للأول: عن أبي كباش قال: جلَبت غنمًا جذعانًا إلى المدينة، فكسدت علي، فلقيت أبا هريرة فسألته، فقال: سمعت رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: «نعم -أو نعمت- الأضحية الجذع من الضأن»، فانتهبها الناس.

(٢) رواه الحاكم (٣٤٦٨)، والبيهقي (١٩٢٣٣).

(٣) قولهم: لا جرم: قال الفراء: هي في الأصل بمعنى لا بد ولا محالة، ثم كثرت فحولت إلى معنى القسم، وصارت بمعنى حقًّا، ولهذا يجاب باللام نحو: لا جرم لأفعلن. «المصباح» ١/ ٩٧.

والأَفضَلُ أن يَذبحَ الأُضحِيَّةَ بيده إن كان يُحسِنُ الذَّبح؛ قال عَلَيْهِ السَّلَامُ لفاطمة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: «قومي إلى أُضحِيَّتِك فاشهَديها»(1).

قَولُه: (إن كان يُحسِنُ الذَّبحَ) أي يُحسِنُ مَعرِفتَه، أي مَعرِفةً حَسَنةً، بتَحقيقٍ وإتقانٍ، كذا في «الكَشَّاف».

قَولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «قُومي إلى أُضحِيَّتِكِ...» الحَديثَ: يُفيدُ شيئَينِ: إقامةَ الذَّبح بنَفسه إن كان يُحسِنُ الذَّبحَ، وشُهودَه عند ذلك إن كان لا يُحسِنُ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ أنَّ فاطمةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا كانت لا تُحسِنُ الذَّبحَ، وقد أَمَرها بالقِيام إلى أُضحِيَّتها، فهذا منه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تَنبيهٌ على أنَّ القادِرَ على الذَّبح يَذبَحُ بنَفسه.

ويُكرَهُ أن يَذبَحها الكِتابيُّ؛ لأنه قُربةٌ.

قَولُه: (لأنَّه قُربةٌ) والكافِرُ ليس من أهل القُربةِ، وإن كان من أهل الذَّكاةِ، فلا جَرَم يُكرَه ذَبحُه.

وإذا غَلِط رَجُلان فذَبَح كلُّ واحِدٍ منهما أُضحِيَّةَ الآخَر: أَجزَأ عنهما، ولا ضَمانَ عليهما استِحسانًا؛ لوُجود الإذنِ بالذَّبحِ ظاهِرًا. واللهُ أعلَمُ.

قَولُه: (لوُجود الإذنِ ظاهِرًا) لأنَّه لَمّا كان مُعَدًّا للتَّضحية: كان المالِكُ مُستعينًا بكُلِّ من يَكونُ أهلًا للذَّبح، آذنًا له دَلالةً؛ لأنَّها تَفوتُ بمُضيِّ هذه الأيامِ، وعَساه يَعجِزُ عن إقامَتها لعَوارِضَ.

ثم إن فاته الأمرُ المُستَحَبُّ -وهو الذَّبحُ بنَفسه أو شُهودُه عندَه-: يَحصُلُ له

---

(1) رواه البزار (١٢٠٢) -من زوائده- والحاكم (٧٥٢٤)، ورواه الطبراني ١٨/ ٢٣٩ بلفظ: «قومي فاشهدي أضحيتك».

مُستَحَبّانِ آخران: صَيرورَتُه[1] مُضحِّيًا لِما عيَّنه، وكَونُه مُعجِّلا به فَريضةً.

❁❁❁

ذَكَر الشِّرْكةَ لأنَّها من قَبيل الوَدائِعِ والعَواريِّ؛ إذ المالُ أمانةٌ في يد الشَّريكِ، وكأن الصَّيدَ والذَّبائِحَ وَقَع استِطرادًا، واللهُ أعلَمُ.

(١) في (و): ضرورة، والمثبت من (ز).

كِتابُ الشِّرْكَة

كتاب الشِّرْكة

الشِّركةُ: عِبارةٌ عن اختِلاط النَّصيبَينِ، بحَيث لا يُعرَف أحدُ النَّصيبَينِ من الآخَر.

ويُطلَق هذا الاسمُ على العَقد -أعني عَقدَ الشِّرْكةِ- وإن لم يُوجَد اختِلاطُ النَّصيبَين؛ لأنَّ العَقدَ سَببٌ له[1].

ورُكنُها:

في شِرْكة المِلكِ: اجتِماعُ النَّصيبَينِ.

وفي شِرْكة العَقدِ: الإيجابُ والقَبولُ، وهو: أن يَقولَ أحدُهما لصاحِبه: (شارَكتُك في كَذا وكَذا)، ويَقولَ الآخَرُ: (قَبِلتُ).

وشَرطُها: أن يَكونَ التَّصرُّفُ المَعقودُ عليه عقدَ الشِّرْكةِ قابِلًا للوَكالة.

وحُكمُها: الشِّرْكةُ في الرِّبح.

الشِّرْكةُ على ضَربَين: شِرْكَةُ الأَملاك، وشِرْكةُ العُقود.

(١) في (و): لها.

فشِرْكةُ الأملاك: العَينُ[1] يَرِثُها رَجُلانِ أو يَشتَرِيانِها، فلا يَجوزُ لأحدهما أن يَتصَرَّفَ في نَصيب الآخَرِ إلا بأمره، وكُلٌّ واحِدٍ منهما في نَصيب صاحِبِه كالأَجنَبِيِّ.

شِرْكةُ الأملاك نَوعان: شِركةُ جَبرٍ، وشِرْكةُ اختيارٍ، كما ذُكِر في الكِتاب.

وهذه الشِّرْكةُ تَتحَقَّقُ في غير المَذكور في الكِتاب، كما إذا وُهِب لهما مالٌ، أو اختَلَط مالُهما، لكنَّ صاحِبَ «المُختَصَرِ» اقتَصَر على إيراد نَظيرٍ واحِدٍ لكلِّ واحِدٍ من القِسمَين.

والضَّرْبُ الثّاني: شِرْكةُ العُقود.

وهي على أَربعة أَوجُه: مُفاوَضةٌ، وعِنانٌ، وشِرْكة الصَّنائِع، وشِرْكةُ الوُجوه.

فأما شِرْكةُ المُفاوَضة: فهي أن يَشترِكَ الرَّجُلانِ فيَتَساوَيانِ في مالهما، وتَصَرُّفِهما، ودَينِهما.

المُفاوَضةُ: من التَّفويض؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما يُفوِّضُ التَّصرُّفَ إلى صاحِبه على الإطلاق.

وقيل: اشتِقاقُها من المُساواة، قال القائِلُ[2]:

لا يَصلُحُ النَّاسُ فَوضى لا سَـــراةَ لهم ... ولا سَـــراةَ إذا جُهَّالُهـــم ســـادُوا[3]

---

(١) في (أ): العين الذي.

(٢) هو الأَفوه الأَوْدِي، والبيت في «ديوانه» ص٦٦.

(٣) أي لا تصلح أمورهم وهم أكفاء متساوون في الدرجة ليس لهم رئيس يقودهم فيصدروا عن أمره وينتهوا إلى رأيه. «غريب الحديث» ٢/ ٥٣١.

فلا يصلح أن يكون الناس بغير أمير، والسراة السادة، ولا سادة إذا ساد الجهال. «الطلبة» ص٩٩.

أي لا يَصلُحُ النَّاسُ متُساوين إذا لم يَكُن لهم أُمَراءُ وساداتٌ.

وإنَّها تَقتَضي ثَلاثَةَ أشياءَ:

التَّوكيلُ بما هو من أعمال التِّجارةِ وتوابِعها.

والكَفالةُ بما هو من جِنس ضَمان التِّجارةِ.

والاستِواءُ في رَأس المالِ والرِّبحِ.

قَولُه: (فيَتَساويان في مالهما) والمُرادُ مالٌ تَصِحُّ[1] فيه الشِّرْكةُ، حتى لو تَفاضَلا في الأموال التي لا تَصِحُّ فيها الشِّرْكةُ -كالعُروض والعَقارِ-: جازَت الشِّرْكةُ.

وتَجوزُ بين الحُرَّينِ المُسلِمَينِ البالِغَينِ؛ للحاجَة، ولأنه تَوكيلٌ وكَفالةٌ فيَجوز عامَّةً كما يَجوزُ خاصَّةً.

قَولُه: (للحاجة) أي لحاجة النَّاسِ إليها، وإن كان القِياسُ يَأبى جَوازَها[2]؛ لأنَّها تَضمَّنَت الوَكالةَ بمَجهول الجِنسِ، والكَفالةَ لمَجهول[3]، وكلُّ ذلك بانفِراده فاسِدٌ[4].

---

(١) في (هـ): تصلح.

(٢) وجه الاستحسان: قوله صَلَّىٰ ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ: «فاوضوا فإنه أعظم للبركة»، وكذا الناس يعاملونها من غير نكير، وبه يترك القياس، والجهالة متحملة تبعًا كما في المضاربة. «الهداية» ٣/ ٦.

(٣) في الأصل: لمجهول، وفي (و): بمجهول الجنس. وانظر «الهداية» ٣/ ٦.

(٤) أي كل من الوكالة والكفالة في المجهول فاسد، حتى لو وكل رجلًا وقال: وكلتك بالشراء أو بشراء الثوب: كان فاسدًا، وكذلك الكفالة للمجهول بالمعلوم باطل، فالكفالة للمجهول بالمجهول أولى بالبطلان.

فإن قيل: الوكالة العامة جائزة، كما إذا قال لآخر: وكلتك في مالي اصنع ما شئت، فإنه يجوز له=

قَوْلُه: (ولأنَّه تَوكيلٌ وكَفالةٌ...) إلى آخِره: أي أنَّ هذه الشِّرْكةَ تَشتَمِلُ على الوَكالة والكَفالةِ، وكلٌّ واحِدٍ منهما صَحيحٌ مُنفَرِدًا، فكذا مُجتَمِعًا، وإلى هذا أشار في «المَبسوط».

ويَحتَمِلُ أن يكونَ هذا جَوابًا عن كلام الشَّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ فإنَّه يَقولُ: المُفاوَضةُ لا يُمكِنُ تَحقيقُها إلا باقتِضاء الكَفالةِ والوَكالةِ على العُموم، ولا يُمكِنُ تَحقيقُ هذَين المَعنيَين على العُموم؛ لأنَّ بعضَ التِّجاراتِ ممّا لا يَصِحُّ[1] التَّوكيلُ بها، وهي الوَكالةُ بقَبول السَّلَمِ، وكذلك الكَفالةُ على العُموم باطِلةٌ؛ لأنَّه يَكونُ كَفالةً لشَخصٍ مَجهولٍ.. فقال: لَمّا جاز كلٌّ واحِدٍ منهما خاصّةً: جاز عامّةً.

وما ذَكَر من الفَساد لا يَلزَمُ؛ لأنَّ هذه وَكالةٌ وكَفالةٌ تَثبُتُ ضِمنًا، وكم من شَيءٍ يَثبُتُ ضِمنًا ولا يَثبُتُ قَصدًا؛ فإنَّ شِرْكةَ العِنانِ[2] تَقتَضي التَّوكيلَ بشِراء شيءٍ مَجهولِ الجِنسِ، ومع هذا تَصِحُّ، وكذا المُضارَبةُ جائِزةٌ، وإن تَضمَّنت الوَكالةَ بمَجهول الجِنسِ، فكان هذا الوَجهُ أوجَهَ.

وقال الشافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا أدري ما المُفاوَضةُ[3].

=أن يتصرف في ماله.

أجيب: بأن العموم ليس بمراد ههنا، فإنه لا تثبت الوكالة في حق شراء الطعام والكسوة لأهله، فإذا لم يكن عامًّا كان توكيلًا بمجهول الجنس، فلا يجوز. «العناية» ٦/ ١٥٨.

(١) في (هـ): مما يصلح.

(٢) في (ز): فإن التوكيل بعنان.

(٣) صاحب هذا القول في عامة المعتبرات في مذهبنا هو الإمام مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ، كما في «المبسوط» ١١/ ١٥٣ و«الهداية» ٣/ ٦، و«الكافي» ٦/ ٦٢ للمصنف، وغيرها.

وأما تحقيق النسبة: فقد قال في «المدونة» ٣/ ٦١٥: قلت: هل يعرف مالك شركة عنان؟ قال:=

=ما سمعت من مالك، ولا رأيت أحدًا من أهل الحجاز يعرفه. قال ابن القاسم: وما اشتركا فيه، إن كان في جميع الأشياء فقد تفاوضا، وإن كانا إنما اشتركا في أن اشتريا نوعًا واحدًا من التجارة مثل الرقيق والدواب، فقد تفاوضا في ذلك النوع، فأما العنان، فلا يعرف ولا نعرفه من قول مالك إلا ما وصفت لك. انتهى.

وقال أيضًا ٤/ ٢٥٢: قلت: أرأيت إن اشترك شريكان شركة مفاوضة في اشتراء الدور وبيعها، فباع أحدهما دارًا قد اشترياها فطلب شريكه الشفعة؟

قال: لا أعرف المفاوضة في الدور، فإن نزل هذا وتفاوضا في شراء الدور وبيعها فباع أحدهما، فليس لصاحبه أن يأخذ بالشفعة مثلما قال مالك في المتفاوضين في الاشتراء والبيع؛ لأن أحد المتفاوضين إذا باع جاز بيعه على شريكه، وليس لشريكه أن يرد، فهذا إذا باع فقد باع صاحبه أيضًا؛ لأن بيعه جائز على صاحبه. انتهى.

وقد عدها فقهاء المالكية رضي الله تعالى عنه إحدى أنواع الشركات، فقال في «المقدمات الممهدات» ٣/ ٣٥: وهي في التفصيل -أعني شركة الأموال- تنقسم على ثلاثة أقسام: شركة مفاوضة، وشركة مضاربة، وشركة عنان.

فأما شركة المفاوضة: فهي أن يجوز فعل كل واحد منهما على صاحبه، وأن يستويا في جميع ما يستفيدان، فلا يصيب أحدهما شيئًا إلا كان صاحبه شريكًا له فيه.

وسميت مفاوضة لاستوائهما في الربح والضمان، وشروعهما في الأخذ والإعطاء، من قولهم: تفاوض الرجلان في الحديث إذا شرعا فيه.

وهي عند مالك رَحِمَهُ اللَّهُ وجميع أصحابه وأكثر أهل العلم جائزة، خلافًا للشافعي في قوله إن شركة المفاوضة غرر لا تجوز؛ لتضمنها مشاركة كل واحد منهما صاحبه فيما يضمن أو يربح أو يخسر، بإذنه وبغير إذنه. والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك... إلخ.

وقال الإمام الشافعي في «الأم» ٣/ ٢٣٦: شركة المفاوضة باطل، ولا أعرف شيئًا من الدنيا يكون باطلًا إن لم تكن شركة المفاوضة باطلًا، إلا أن يكونا شريكين يعدان المفاوضة خلط المال والعمل فيه واقتسام الربح، فهذا لا بأس به، وهذه الشركة التي يقول بعض المشرقيين لها شركة عنان، وإذا=

وفي هذا[1] تناقُضٌ؛ لأنَّه إذا لم يَعرِفه كيف يُفتي بالفَساد؟!

ولا تَجوزُ بين الحُرِّ والمَملوك، ولا بين الصَّبيِّ والبالِغ، ولا بين المُسلِمِ والكافِرِ؛ لعدم التَّساوي بينَهما.

قَولُه: (لعدَم التَّساوي بينهما) أمّا في المَملوك والصَّبيِّ: فلأنَّ الحُرَّ البالِغَ يَملِكُ التَّصرُّفَ والكَفالةَ، والمَملوكُ لا يَملِكُ واحِدًا منهما إلا بالإذن، والصَّبِيُّ لا يَملِكُ الكَفالةَ أصلًا، وإن كان يَملِكُ التَّصرُّفَ بإذن الوَليِّ، والمَولى إذا أَذِن للعبد إنَّما تَصِحُّ كَفالَتُه إذا لم يَكُن عليه دَينٌ.

وأمّا في الكافِر: فلأنَّه يَملِكُ شِراءَ الخَمرِ والخِنزيرِ، ولا يَملِكُ المُسلِمُ ذلك.

وهذا عند أبي حنيفةَ ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

=اشتركا مفاوضة وتشارطا أن المفاوضة عندهما هذا المعنى فالشركة صحيحة، وما رزق أحدهما من غير هذا المال الذي اشتركا فيه من تجارة أو إجارة أو كنز أو هبة أو غير ذلك فهو له دون صاحبه، وإن زعما أن المفاوضة عندهما بأن يكونا شريكين في كل ما أفادا بوجه من الوجوه بسبب المال وغيره فالشركة بينهما فاسدة، ولا أعرف القمار إلا في هذا أو أقل منه أن يشترك الرجلان بمائتي درهم فيجد أحدهما كنزًا فيكون بينهما، أرأيت لو تشارطا على هذا من غير أن يتخالطا بمال أكان يجوز؟ أو أرأيت رجلًا وهب له هبة أو آجر نفسه في عمل فأفاد مالًا من عمل أو هبة أيكون الآخر له فيه شريكًا؟ لقد أنكروا أقل من هذا. انتهى.

وقال الإمام النووي رَحِمَهُٱللَّهُتَعَالَىٰ في «روضة الطالبين» ٤/ ٢٧٩: النوع الثالث -أي من الشركات-: شركة المفاوضة، وهي أن يشتركا ليكون بينهما ما يكسبان ويربحان ويلزمان من غرم ويحصل من غنم. وهي باطلة، فلو استعملا لفظ المفاوضة، وأرادا شركة العنان جاز، نص عليه. انتهى.

فاتضح أن المخالف في هذا الإمام الشافعي رَحِمَهُٱللَّهُتَعَالَىٰ وفقًا لما ذكره المصنف هنا، لا الإمام مالك كما في عامة المعتبرات.

(١) في (ز): قيل هذا.

وعند أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَجوزُ؛ لوُجود التَّساوي بينهما في الوَكالة، والكَفالةِ، وسائِرِ المُعامَلات، وقد عُرِف في مَوضِعه.

والمُفاوَضةُ تُنبِئُ عن التَّساوي.

وتَتَضَمَّنُ الوَكالةَ والكَفالةَ فيما يَشتريه كلُّ واحِدٍ منهما؛ تَحقيقًا للتَّساوي.

(وتَتضمَّنُ الوَكالةَ والكَفالةَ) أما الوَكالةُ: فلأنَّ المَقصودَ من الشِّرْكة التَّصرُّفُ في المال، وتَحصيلُ الرِّبحِ، والتَّصرُّفُ في مال الغَير لا يَجوزُ إلا بوِلايةٍ أو وَكالةٍ، ولا وِلايةَ، فتتعيَّنُ الوَكالةُ.

وأمّا الكَفالةُ: لتَتَحقَّقَ المُساواةُ فيما هو من مَواجِب التِّجارةِ، وهو تَوجُّهُ المُطالَبةِ نحوَهما.

ويكونُ المُشتَرى على الشِّركة، إلا طَعامَ أَهلِه وكِسوتَهم؛ لأن في ذلك ضَرورةً.

(ويَكونُ المُشتَرى على الشِّرْكة) لأنَّ مُقتَضى العَقدِ المُساواةُ، وكلُّ واحِدٍ منهما قائِمٌ مَقامَ صاحِبِه في التَّصرُّف، فكان شِراءُ أحدِهما كشِرائهما.

قَولُه: (إلا طَعامَ أهلِه) القِياسُ: أن يكونَ الطَّعامُ وما لا بُدَّ منه على الشِّرْكة؛ لأنَّ هذا من جِنس ما تَناوَله عَقدُ الشِّرْكة، فكان بَدَلُه داخِلًا تحت الكَفالةِ الثَّابِتةِ[1] في ضِمن الشِّرْكة، ولهذا كان للبائِع أن يُطالِبَ بثَمَن الطَّعامِ أَيَّهما شاء، المُشتَرِيَ بالأصالة، وصاحِبَه بالكَفالة، وإن كان يَرجِعُ على شَريكه بنِصف ما أدّى.

وفي الاستِحسان: يَكونُ له خاصّةً؛ لأنَّ ما لا بُدَّ منه مُستَثنًى عن المُفاوَضة؛

---

(١) في (و): والثابتة.

للضَّرورة، فإنَّ الحاجةَ الذَّاتيّةَ[1] مَعلومٌ وُقوعُها، ولا يُمكِنُ إيجابُها على صاحبه، ولا بُدَّ من الشِّراء، فيَختَصُّ به ضَرورةً.

وما يَلزَمُ كلَّ واحِدٍ منهما من الدُّيون بَدَلًا عما يَصِحُّ فيه الاشتِراكُ: فالآخَرُ ضامِنٌ له.

ما يَصِحُّ فيه الاشتِراكُ: البَيعُ، والشِّراءُ، والاستِئجارُ.

فما يَلزَمُ أحدَهما من الثَّمَن والأُجرةِ: يَضمَنُ الآخَرُ.

وما لا يَصِحُّ فيه الاشتِراكُ: الجِنايةُ، والنِّكاحُ، والخُلعُ، والصُّلحُ عن دم العَمدِ.

فإنَّ ما يَلزَمُ أحدَهما من الأرش، والمَهرِ، وبَدَلِ الخُلعِ والصُّلحِ: لا يَضمَنُ الآخَرُ؛ لأنَّ هذه الأشياءَ لم تَدخُل تحت المُفاوَضةِ؛ لأنَّها ليست بتِجارةٍ؛ لأنَّها لا تُفيدُ المِلكَ في المَضمون؛ لأنَّ المَضمونَ بالجِناية الدَّمُ، وإنَّها ليست بمالٍ، وما لم يَدخُل تحت المُفاوَضةِ فالحالُ بعد المُفاوَضةِ كالحال قبلَها، وقبلها لو جَنى أحدُهما: لا يُؤاخَذ به الآخَرُ، كذا هنا.

وإن وَرِث أحدُهما مالًا يَصلُحُ رأسَ مالِ الشِّركة، أو وُهِب له ووَصَل إلى يده: بَطَلت المُفاوَضةُ، وصارت الشِّركةُ عِنانًا؛ لفَوات المُساواة.

(وإن وَرِث أحدُهما مالًا يَصلُحُ[2] رأسَ مالِ الشِّرْكةِ) كالدَّراهِم والدَّنانيرِ، حتى لو وَرِث عُروضًا أو دَينًا: لا تَفسُدُ المُفاوَضةُ.

قَولُه: (ووَصَل إلى يده) هذا راجِعٌ إلى المَوهوب والمَوروثِ، حتى يُشتَرَطُ

---

(١) في (و): الراتبة.

(٢) في (هـ) و(و): يصح.

الوُصولُ في الفَصلَين.

وفي بعض النُّسَخ: (أو وَصَل إلى يَده) وذلك بأن يُجيزَه السُّلطانُ جائِزةً، أو يُهدِيَ له هَديةً، ويَكونُ القَبضُ مُضمَرًا في المَوروث والمَوهوبِ على هذه الرِّوايةِ.

قَولُه: (لفَوات المُساواةِ) دَليلٌ على بُطلان المُفاوَضةِ.

وإنَّما تَنقَلِبُ عِنانًا: لأنَّ المُفاوَضةَ أَعَمُّ من العِنان، فإذا بَطَل مَعنى العُمومِ: بَقِي مَعنى الخُصوصِ، وجاز إثباتُ العِنانِ بلَفظ المُفاوَضةِ، كما جاز إثباتُ الخُصوصِ بلَفظ العُمومِ.

فصل

﴿في بيان ما يصلح من الأموال لرأس مال الشركة﴾

فصلٌ

ولا تَنعَقِدُ الشِّركةُ إلا بالدَّنانير، والدَّراهِم، والفُلوسِ النافِقة.

قيل: إنَّ الجَوازَ في الفُلوس قَولُ محمّدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنَّها مُلحقةٌ بالنُّقود عندَه.

وعندهما: لا تَجوزُ الشِّرْكةُ بها؛ لأنَّ ثَمنيَّتَها تَتبدَّلُ ساعةً فساعةً.

والصَّحيحُ: أنَّه يَجوزُ على قَول الكُلِّ[1]؛ لأنَّها صارَت أثمانًا باصطِلاح النَّاسِ، كذا في «مَبسوط» فخرِ الإسلامِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

ولا يَجوزُ بما سِوى ذلك، إلا أن يَتعامَلَ النَّاسُ بها، كالتِّبر والنُّقرة، فتَصِحُّ الشِّرْكةُ بهما؛ لأن القِياسَ يَأبى لُزومَ هذا العقدِ ووُقوعَ البَيعِ والمِلكِ إلا للمُشتري، إلا أنه إنما ثَبَت بخِلاف القِياس، فيُقتَصَرُ على مَورِدِ الإجازة[2]، وذلك بتَقرير النبيِّ

(١) في (ز): تجوز في الكل.

(٢) في (ب): الإجارة، وفي (ج): مورد النص والإجازة.

عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ ما كانوا عليه، وهو الشِّرْكةُ بالنُّقود الرائجة[1].

التِّبرُ: ما كان غيرَ مَضروبٍ من الذَّهب والفِضَّةِ.

والنُّقرةُ: القِطعةُ المُذابةُ من الذَّهَب والفِضّةِ، كذا في «المُغرِب».

وهذا الذي ذَكَره هنا يُوافِقُ ما ذُكِر في كتاب الصَّرفِ، وذَكَر في «الجامِع الصَّغيرِ»: أنَّ التِّبرَ سِلعةٌ لا يَصلُحُ رأسَ المالِ[2].

---

(١) تقريره صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ للشركة عمومًا ورد في رواية أبي داود (٤٨٣٦) عن السائب قال: أتيت النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فجعلوا يثنون علي ويذكروني، فقال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أنا أعلمكم» يعني به، قلت: صدقتَ بأبي وأمي، كنت شريكي، فنعم الشريك، كنت لا تداري ولا تماري. ورواه ابن ماجه (٢٢٨٧) بلفظ: كنت شريكي في الجاهلية، فكنت خير شريك، كنت لا تدارينى ولا تمارينى.

وأما تقرير الشركة بالنقود: فقد روى البخاري (٢٤٩٧) في (باب الاشتراك في الذهب والفضة وما يكون فيه الصرف) عن سليمان بن أبي مسلم قال: سألت أبا المنهال عن الصرف يدًا بيد، فقال: اشتريت أنا وشريك لي شيئًا يدًا بيد ونسيئة، فجاءنا البراء بن عازب فسألناه، فقال: فعلت أنا وشريكي زيد بن أرقم، وسألنا النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن ذلك فقال: «ما كان يدًا بيد فخذوه وما كان نسيئةً فذروه».

(٢) قال في «الهداية» ٣/ ٨: قال: ولا تجوز الشركة بما سوى ذلك إلا أن يتعامل الناس بالتبر والنقرة، فتصح الشركة بهما، هكذا ذكر في «الكتاب»، وفي «الجامع الصغير»: ولا تكون المفاوضة بمثاقيل ذهب أو فضة، ومراده التبر، فعلى هذه الرواية التبر سلعة تتعين بالتعيين، فلا تصلح رأس المال في المضاربات والشركات، وذكر في كتاب الصرف أن النقرة لا تتعين بالتعيين، حتى لا ينفسخ العقد بها بهلاكه قبل التسليم، فعلى تلك الرواية تصلح رأس المال فيهما، وهذا لما عرف أنهما خلقا ثمنين في الأصل، إلا أن الأول أصح؛ لأنها وإن خلقت للتجارة في الأصل لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص؛ لأن عند ذلك لا تصرف إلى شيء آخر ظاهرًا، إلا أن يجري التعامل=

قَولُه: (لأنَّ القِياسَ يَأبى لُزومَ هذا العَقدِ) لِما ذَكَرنا أَنَّها تَضمَّنت الوَكالةَ[1] بمَجهول الجِنسِ، وكانَ يَنبَغي أن يَقَع البَيعُ والمِلكُ للمُشتَري؛ لأنَّه الفائِزُ بالسَّبَب، فيَكونُ هو الفائِزَ بالحُكم.

اعلَم أنَّ البَيانَ على خَمسة أنواعٍ: بَيانُ تَقريرٍ، وبَيانُ تَفسيرٍ، وبَيانُ تَغييرٍ، وبَيانُ تَبديلٍ، وبَيانُ ضَرورةٍ[2].

=باستعمالهما ثمنًا، فنزل التعامل بمنزلة الضرب، فيكون ثمنًا ويصلح رأس المال. انتهى.

(١) في (و): الكفالة.

(٢) قال في «خلاصة الأفكار» ص١٥٢: (وهذه الحجج) أي التي مر ذكرها من الكتاب والسنة بأقسامهما (تحتمل البيان) أي إظهار المراد (ويكون) البيان لـ:

(التقرير: وهو تأكيد الكلام بما يقطع احتمال المجاز) كقوله تعالى: ﴿وَلَا طَٰٓئِرٍ يَطِيرُ بِجَنَاحَيۡهِ إِلَّآ أُمَمٌ أَمۡثَالُكُمۚ﴾، فبجناحيه قطع الاحتمال أن يراد المسرع ونحوه (والخصوص) كقوله تعالى: ﴿فَسَجَدَ ٱلۡمَلَٰٓئِكَةُ كُلُّهُمۡ أَجۡمَعُونَ﴾ فـ ﴿كُلُّهُمۡ﴾ قطع احتمال البعض.

(وللتفسير): أي بيان ما فيه خفاء (وهو بيان المجمل) كقوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتُواْ ٱلزَّكَوٰةَ﴾، فالصلاة والزكاة مجمل لَحِقه البيان بالسنة (والمشترك) نحو قوله تعالى: ﴿وَٱلۡمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٖۚ﴾، فالقرء مشترك بين الطهر والحيض، لحقه البيان بقوله ﷺ: «طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان».

(وللتغيير: وهو التعليق بالشرط) كأنت طالق إن دخلت الدار (والاستثناء) كـ: له علي ألف إلا مائة. أما إنه للتغيير فلأنه أبطل الإيقاع وصيره يمينًا في الشرط، وأبطل الكلام في حق المائة في الاستثناء. ولكنه بيان مجازًا، من حيث إنه بين أنه حلف لا تطليق، وأنه عليه تسعمائة لا ألف.

(وللضرورة) أي بيان حاصل لأجل الضرورة (وهو نوع بيان يقع بما لم يوضع له) أي للبيان بالنطق، وهذا بالسكوت. وهو أقسام:

قسم يكون في حكم المنطوق: كقوله تعالى: ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُۚ﴾ صدر الكلام أوجب الشركة المطلقة، من جهة أن الميراث أضيف إليهما من غير بيان نصيب كل منهما، ثم تخصيص=

وبَيانُ الضَّرورةِ: هو نَوعُ بَيانٍ يَقَعُ بما لم يُوضَع له، وهو أربَعةُ أنواعٍ:

نَوعٌ منه: ما هو في حُكم المَنطوقِ.

ونَوعٌ منه: ما يَثبُتُ بدَلالة حالِ المُتكلِّمِ.

ونَوعٌ منه: ما يثبُتُ ضَرورةَ الدَّفعِ.

ونَوعٌ منه: ما يثبُتُ ضَرورةَ الكَلامِ(١).

=الأم بالثلث صار بيانًا لكون الأب يستحق الباقي ضرورة.

وقسم يثبت ضرورة دفع الغرور عن الناس: كسكوت المولى حين رأى عبده يبيع ويشتري، فيجعل إذنًا في التجارة دفعًا للغرور عمن يعامل العبد.

وقسم يثبت ضرورة دفع طول الكلام فيما يكثر استعماله كـ: له علي مائة ودرهم، جعل العطف بيان أن المائة من جنس المعطوف.

(وللتبديل وهو النسخ) قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا بَدَّلْنَآ ءَايَةً مَّكَانَ ءَايَةٍ﴾، قالوا: التبديل النسخ.

وهو اصطلاحًا: أن يدل على خلاف حكم شرعي دليل شرعي متراخ، وهذا في حق البشر (ويجعل في حق الشارع بيانًا لمدة الحكم) أي بيانًا لانتهاء مدة الحكم (المطلق) عن تأبيد أو تأقيت (المعلوم عند الله تعالى) أنه ينتهي في وقت كذا. انتهى باختصار.

(١) انظر الكلام عن هذه الأنواع الأربعة في التعليق السابق، ولم يذكر في «مختصر المنار وشرحه» النوع الثاني، وقد قال عنه السرخسي في «أصوله» ٢/ ٥٠: وأما النوع الثاني: فنحو سكوت صاحب الشرع عن معاينة شيء عن تغييره يكون بيانًا منه لحقيته، باعتبار حاله، فإن البيان واجب عند الحاجة إلى البيان، فلو كان الحكم بخلافه لبين ذلك لا محالة، ولو بينه لظهر، وكذلك سكوت الصحابة عن بيان قيمة الخدمة للمستحق على المغرور، يكون دليلًا على نفيه، بدلالة حالهم؛ لأن المستحق جاء يطلب حكم الحادثة وهو جاهل بما هو واجب له، وكانت هذه أول حادثة وقعت بعد رسول الله ﷺ مما لم يسمعوا فيه نصًا عنه، فكان يجب عليهم البيان بصفة الكمال والسكوت بعد وجوب البيان دليل النفي.

وهذا البَيانُ -أعني قَولَه: (وذلك بتَقرير النَّبيِّ صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ ما كانوا عليه)- من القِسم الثَّاني من بَيان الضَّرورةِ.

فإن قيل: المَكيلُ والمَوزونُ يَثبُتانِ في الذِّمّة ثُبوتًا صَحيحًا، فوُرودُ البَيانِ في الشِّرْكة بالنُّقود -وإنَّها ثَبتت في الذِّمّة- وُرودٌ في المَكيل والمَوزونِ دَلالةً[1].

قيل: لا كذلك؛ فإنَّ الشِّركةَ لو صَحَّت على المَكيل والمَوزونِ والعُروضِ: أدَّى إلى رِبح ما لم يَضمَن ولم يَملَك؛ لجَواز أن يَبيعَ أحدُهما رأسَ مالِه بأضعاف قيمَتِه، والآخرُ بمِثل قيمَتِه، فمتى صَحَّت الشِّرْكةُ: اشترَكا في الرِّبح، فالذي باع رأسَ مالِه بمِثل قيمَتِه: يَأخُذُ الرِّبحَ من مال صاحِبِه، فيَكونُ له رِبحُ ما لم يَضمَن ولم يَملِك، وهذا لا يَجوزُ.

بخِلاف الأثمانِ؛ لأنَّ ما يَشتَري كلُّ واحِدٍ منهما برَأس المالِ لا يَتعلَّقُ به، بل يَثبُتُ في الذِّمّة؛ لأنَّها لا[2] تَتعيَّنُ بالتَّعيين، فيَكونُ الثَّمَنُ واجِبًا عليهما في ذِمَّتهما، وإذا كان الثَّمَنُ عليهما: يَكونُ المُثْمَنُ والرِّبحُ بينهما ضَرورةً، فيَكونُ رِبحَ ما ضَمِن.

وإن أَرادا الشِّركةَ بالعُروض: باع كلُّ واحِدٍ منهما نِصفَ مالِه بنِصف مالِ الآخِر؛ لتَنعَقِدَ الشِّركةُ بالعُروض.

قَولُه: (وإن أرادا الشِّرْكةَ بالعُروض...) إلى آخِره: ذَكَر قبل هذا: أنَّه لا تَنعَقِدُ الشِّرْكةُ إلا بالدَّراهم والدَّنانيرِ، فلو جَرى على ذلك: لكان الأمرُ مُضيَّقًا على النَّاس، فذَكَر الحِيلةَ في جَوازها.

---

(١) في (ز) زيادة: لأن الشركة إنما تثبت في النقود لأنها تثبت في الذمة.

(٢) سقطت من (هـ).

ثم ذَكَر في «الهِداية»: أنَّ هذه شِركةُ مِلكٍ؛ لأنَّ العُروضَ لا تَصلُحُ رأسَ مالِ الشَّركة[1]. وتأويلُه: إذا كانت قيمةُ مَتاعِهما على السَّواء، ولو كان بينهما تَفاوُتٌ

---

(١) قال في «العناية» ٦/ ١٧٤: استشكله الشارحون بأنه لو كان المراد بالشركة شركة الملك لم يحتج إلى قوله ثم عقدا الشركة، وبأن العروض لا تصلح رأس مال الشركة إذا لم يبع أحدهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر، أما إذا باع فهو الحيلة في جوازه.

ثم أجاب بعضهم بأن معنى قوله ثم عقدا الشركة عقد شركة ملك، حتى يصح قوله: وهذه شركة ملك، وهو بعيد؛ لأن غرض القدوري رَحِمَهُ ٱللَّهُ بيان الحيلة في تجويز عقد الشركة بالعروض.

وقال آخرون: معناه أنها شركة ملك وإن عقدا الشركة؛ لأن هذا العقد كلا عقد لكون رأس المال عرضًا، ونظم كلام المصنف لا يساعده، وأنا أذكر لك ما ذكره شيخ شيخي العلامة عبد العزيز في هذا المقام من غير زيادة ولا نقصان؛ لأنه حل مفيد في هذا المعنى.

قال: عدم جواز الشركة بالعروض مبني على معنيين، أحدهما: ربح ما لم يضمن كما بينا، والثاني: جهالة رأس المال، فإذا باع أحدهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر ثم عقدا الشركة: قال القدوري: يجوز، واختاره شيخ الإسلام وصاحب «الذخيرة» وصاحب «شرح الطحاوي» والمزني من أصحاب الشافعي رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ؛ لأن رأس المال صار معلومًا، وصار نصف مال كل منهما بالبيع مضمونًا على صاحبه بالثمن، فكان الربح الحاصل من ماليهما ربح مال مضمون عليهما، فيجوز، ولهذا لو باع أحدهما عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم عقدا شركة عنان أو مفاوضة يجوز؛ لزوال الجهالة؛ لصيرورة العروض مشتركة بينهما، فكذا هذا.

وقيل: على قياس قول محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يجوز كما في المكيل والموزون بعد الخلط، وعلى قياس قول أبي يوسف: لا يجوز إلا أن يكون مضافًا إلى المستقبل، وعقد الشركة يحتمل الإضافة لأنه عقد توكيل، فعلى هذا يكون العقد على الدراهم.

واختار شمس الأئمة السرخسي وصاحب «الهداية» أنه لا يجوز عقد الشركة بالاتفاق، وهو أقرب إلى الفقه؛ لبقاء جهالة رأس المال والربح عند القسمة، بخلاف المكيل والموزون بعد الخلط عند محمد؛ لزوال الجهالة أصلًا؛ لأنها من ذوات الأمثال، وبخلاف ما إذا باع نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم اشتركا؛ لأن الدراهم بهذا العقد صارت نصفين بينهما، فيكون ذلك رأس مالهما،=

-بأن كان قيمةُ أحدِهما أربعَمِائةٍ، وقيمةُ الآخَرِ مِائةً-: يَبيعُ صاحِبُ الأقَلِّ أربعةَ أخماسِ عَرْضِه بخُمُس الآخَرِ، فيَصيرُ المَتاعُ كلُّه أخماسًا، ويَكونُ الرِّبحُ بينهما على قَدر رأسِ مالَيهما، وهذه حيلةٌ واضِحةٌ[(١)].

وقال القاضي الإمامُ ظَهيرُ الدِّينِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وإن أرادَ جَوازَ الشِّرْكةِ بالعُروض فالحِيلةُ في ذلك: أن يَبيعَ كلُّ واحِدٍ منهما نِصفَ عَرْضِه بنِصف عَرْضِ صاحِبِه، حتى يَصيرَ مالُ كلِّ واحِدٍ منهما نِصفَين، فيحصُلَ بينهما شِركةُ مِلكٍ، ثم يَعقِدان عقدَ الشِّرْكةِ بعد ذلك، إن شاءا مُفاوَضةً، وإن شاءا عِنانًا، فيَصيرُ العُروضُ رأسَ مالِ الشِّركةِ.

فعلى ما ذَكَره صاحِبُ «الهِدايةِ» رَحِمَهُ ٱللَّهُ لا يَحتاجُ إلى التَّأويل، وعلى ما ذَكَره القاضي رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَأويلُه: لتَنعَقِد الشِّرْكةُ متى عَقَدا عَقدَ الشِّرْكةِ.

وأما شِرْكةُ العِنان: فتَنعَقِدُ على الوَكالة دون الكَفالة، ويَصِحُّ التَّفاضُلُ في المال؛ لأن المُفاوَضةَ هي المُنبِئةُ عن المُساواة.

وسُمِّي شِركةُ العِنانِ به: لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما جَعَل عِنانَ التَّصرُّفِ في بعض المالِ إلى صاحِبِه.

=ثم يثبت حكم الشركة في العروض تبعًا، وقد يدخل في العقد تبعًا ما لا يجوز إيراد العقد عليه، كبيع الشرب تبعًا للأرض.

ثم المصنف اختار عدم الجواز وعدل عما ذكره القدوري فقال: وهذه شركة ملك عندي؛ لأن ما ذكره القدوري أنه شركة عقد ولا اعتبار بهذا العقد بعد البيع؛ لما بينا أن العروض لا تصلح رأس مال الشركة، ونظيره ما ذكره القدوري: ويستحب للمتوضئ أن ينوي الطهارة، ثم عدل المصنف بقوله: والنية في الوضوء سنة، وله في هذا الكتاب نظائر كثيرة. انتهى.

(١) من قوله: (فيصير المتاع) إلى هنا مثبت من (ز).

وقيل: سُمِّي عِنانًا: لأنَّه شيءٌ عَرَض لهما في هذا القَدْرِ[١]، مَأخوذٌ من قَولِهم: (عَنَّ)، أي عَرَض وظَهَر.

وصُورةُ هذه الشِّرْكةِ[٢]: أن يَشتَرِك اثنانِ في نَوعٍ خاصٍّ من التِّجارات، أو أن يَشتَرِكا في عُموم التِّجاراتِ.

قَولُه: (لأنَّ المُفاوَضةَ هي المُنبِئةُ عن المُساواة) أي العِنانُ يُنبِئُ عمّا ذَكَرنا، ولا يُنبِئُ عن المُساواة، فلا يَنعَقِدُ على الكَفالة، ويَجوزُ التَّفاضُلُ في المال.

ويَصِحُّ أن يَتَساوَيا في المال ويَتَفاضَلا في الرِّبح، فيكونُ لمن[٣] شُرِط له فَضلُ الربح[٤] بعضُ الرِّبحِ بمُقابَلة عَمَله.

ويَجوزُ أن يَعقِدَها كلُّ واحِدٍ منهما بِبَعض مالِه دون البَعض؛ للحاجة.

ولا تَصِحُّ إلا بما بيَّنّا أن المُفاوضةَ تَصِحُّ به.

ويَجوزُ أن يَشتَرِكا ومن جِهة أحدِهما دَراهِمُ ومن جهة الآخَرِ دَنانيرُ.

(فيَكونُ مَن شُرِط له فضل الربح بعضُ الرِّبحِ بمُقابَلة عَمَلِه) في هذا جَوابٌ عن إشكالٍ: وهو أن يُقالَ:

إذا كان المالُ نِصفَين، والرِّبحُ أثلاثًا، فصاحِبُ الزِّيادةُ يَستَحِقُّها بلا ضَمانٍ؛ إذ الضَّمانُ بقَدر رَأسِ المالِ، فيُؤدِّي إلى رِبح ما لم يَضمَن.

---

(١) في النسخ سوى الأصل زيادة مقحمة هنا: (ولا يَثبُتُ على العُموم).

(٢) في (و): المسألة.

(٣) في (ب): من.

(٤) في (أ) و(ج): فضل بعض الربح.

فقال: نحن نَجعَلُ فَضْلَ الرِّبح بمقابَلة عَمَله، فلا يؤدي إلى رِبح ما لم يَضمَن، وهذا لأنَّ الرِّبحَ مُسْتَحَقٌّ بالعَمل دون المالِ، كما في المُضارَبة، فبالعَمَلِ مع المال أولى.

وما اشتَراهُ كلُّ واحِدٍ منهما للشَّركة طولِبَ بثمَنه دونَ الآخَر؛ لأنه لم يَكفَل به، ثم يَرجِعُ على شَريكه بحِصَّته منه؛ لأن المِلكَ في نصف ذلك واقِعٌ لشَريكه.

قَولُه: (لأنَّه لم يَكفَل به) وهذا لأنَّ المُطالَبةَ إنَّما تتوَجَّه على الآخَر في شِركة المُفاوَضةِ باعتِبار الكَفالةِ، ولم تُوجَد هنا، إنَّما المَوجودُ هي الوَكالةُ[1]؛ ليَتحَقَّقَ المَقصودُ من الشِّرْكة، وهو التَّصرُّفُ في مال الغَير؛ لأنَّه لا يَكونُ إلا بها، والوَكيلُ هو الأصلُ في الحُقوق، فتَتوَجَّه المُطالَبةُ نحوَه دون صاحِبِه.

قَولُه: (ثم يَرجِعُ على شَريكه) مَعنى المَسألةِ: إذا أدَّى من مال نَفسِه؛ لأنَّه وَكيلٌ من جِهته في حِصَّته، فإذا نَقَد من مال نَفسِه[2]: رَجَع عليه، أمّا إذا نَقَد من مال الشِّرْكة: لا يَرجِعُ[3].

وإذا هَلَك مالُ الشِّرْكة أو أَحَدُ المالَينِ قبل أن يَشتَرِيا شيئًا: بَطَلت الشِّرْكةُ؛ لأنه هَلَك أمانةً، فلم يَبقَ لأحدهما نَصيبٌ في رأس المال.

قَولُه: (وإذا هَلَك مالُ الشِّرْكةِ...) إلى آخِره: قال الشَّيخُ الإمامُ بَدرُ الدِّينِ رَحِمَهُ اللَّهُ: للشِّركة شُروطٌ يَتوقَّفُ عليها، ومَحَلٌّ يُوجَد التَّصرُّفُ فيه، ومن الشُّروط:

(١) في (و): الكفالة.

(٢) في (ز): بعينه.

(٣) فإن كان لا يعرف أنه أدى من مال نفسه إلا بقوله فعليه البينة؛ لأنه يدعي وجوب المال في ذمة الآخر، وهو منكر، فيكون القول قول المنكر مع يمينه. «الجوهرة النيرة» ١/ ٢٨٨.

أن يَكونَ المالُ نَقدًا، ومَحَلُّه: أن يكونَ مالًا تَنعقِدُ فيه الشِّرْكةُ، وكلُّ أمرٍ يَرجِعُ إلى المَحَلِّ: فالابتِداء والبَقاءُ فيه سَواءٌ، وفي الابتِداء لا تَنعَقِدُ الشِّرْكةُ بدون المالِ، فكذا لا يَبقى بدونه.

ولأنَّ هذا من العُقود الجائِزةِ، فيُشترَط لدَوامه ما يُشترَط لابتِدائه.

ولأنَّ الدَّراهِمَ والدَّنانيرَ يَتعيَّنانِ في هذا العَقدِ، والمَعقودُ عليه هنا المالُ، فيَبطُلُ بهلاكه.

قَولُه: (لأنَّه هَلَكَ أمانةً) أي هَلَكَ غيرَ مَضمونٍ، إذا كان في يَده: فظاهِرٌ، وكذا إذا كان في يد الشَّريكِ؛ لأنَّه أمانةٌ في يَده.

ويُحتَمَلُ أن يُرادَ به: أنَّ أَقصى ما في الباب أن يَهلِكَ مالُه في يَد الآخَرِ؛ لكنَّه لَمّا كان أمانةً في يده: فلا يَجِبُ عليه الضَّمانُ. وكأنَّه إنَّما ذَكَر هذا لأنَّ الاشتِباهَ يَقَعُ فيه.

وإن اشتَرى أحَدُهما بماله ثم هَلَك مالُ الآخَرِ قبل الشِّراء: فالمُشترَى بينَهما على ما شَرَطا، ويَرجِعُ على شَريكه بحِصَّته من الثَّمَن؛ لأن المِلْكَ في نِصف ذلك واقِعٌ لشَريكه؛ لأن عند شرائِه كانت الشِّرْكةُ باقيةً لبقاء العَقدِ، وبَقاءُ المالَينِ ليس بشرطٍ.

قَولُه: (لأنَّ عند شرائِه...) إلى آخِره: أي الشِّرْكةُ باقيةٌ عند الشِّراءِ، فيَكونُ المُشتَرَى بينهما على ما شَرَطا، فيَرجِعُ على شَريكه بحِصَّته من الثَّمَن؛ لأنَّه وَكيلٌ في بعض ما اشتَرى، وقد نَقَد الثَّمَنَ من مال نَفسِه، فيَرجِعُ عليه.

وقال الشَّيخُ الإمامُ بَدرُ الدِّينِ رَحِمَهُ اللَّهُ: حُكمُ البَيعِ في جانِب الأعيانِ: أنَّ البَيعَ يَتعلَّقُ به وُجوبُ مِلكِها، لا وُجودُها، وحُكمُ البَيعِ في جانِب الأثمانِ: وُجودُها

ووُجوبُها بالبَيع، فلهذا لا تَتعيَّنُ الأثمانُ بالتَّعيين؛ لأنَّه يُؤدِّي إلى تَغيُّر المَشروعِ، وهو أن يَنقَلِبَ الحُكمَ شَرطًا.

وتَجوزُ الشِّركةُ وإن لم يُخلَط المالُ؛ لأن الجَوازَ للحاجة.

ثم خَرَّج على هذا قَولَه: (وتَجوزُ الشِّرْكةُ وإن لم يَخلِطا المالَ) وقال: إنَّما شَرَطنا في هذا البابِ أن يَكونَ رَأسُ المالِ ما لا يَتعيَّنُ بالتَّعيين: لئلا يُؤدِّيَ إلى رِبح ما لم يَضمَن، والأثمانُ لَمّا كانت لا تَتعيَّنُ بالتَّعيين: فلا يُستَفادُ الرِّبحُ برَأس المالِ، وإنَّما يُستَفاد بالتَّصرُّف؛ لأنَّه في النِّصف أصيلٌ، وفي النِّصف وَكيلٌ، وإذا تَحقَّقت[1] الشِّرْكةُ في التَّصرُّف: تَحقَّقت في المُستَفاد، وهو الرِّبحُ، فلا يُحتاجُ إلى الخَلط.

ولا تَصِحُّ الشِّرْكةُ إذا شَرَطا لأحدهما دَراهِمَ مُسَمّاةً من الرِّبح؛ لأنه لم يَظهَر التَّعامُلُ به في ذلك الزَّمان.

قَولُه: (ولا تَصِحُّ الشِّركةُ إذا شَرَطا لأحدهما دَراهِمَ مُسمّاةً) لأنَّه ليس إلى العَبد تَغييرُ المَشروعِ، وعند شَرطِهما لأحدِهما دَراهِمَ مُسمّاةً: يَلزَمُ ذلك؛ لأنَّ من الجائز أن لا تَبقى شِرْكةٌ في الآخِرة؛ لأنَّه عسى لا يَخرُجَ إلا قَدرُ المُسَمّى لأحدهما، وقد عَقَدا عَقدَ الشِّرْكةِ، فيَكونُ خُلْفًا.

---

(١) في (ز): لحقت.

فصلٌ «في تصرفات الشُّركاء»

فصلٌ

ولكُلِّ واحِدٍ من المُتَفاوِضَينِ وشَريكَي العِنان أن يُبضِعَ المالَ، ويَدفَعَه مُضاربةً، ويُوكِّلَ من يَتصَرَّفُ فيه، ويَرهَنَ، ويَستَرهِنَ، ويَستأجِرَ الأجنبيَّ، ويَبيعَ بالنَّقد والنَّسيئة؛ لأن هذه من التِّجارات، ويَدُه في المال يَدُ أمانةٍ؛ لأن صاحِبَ المالِ رَضِي بقَبضه.

(لأنَّ هذه من التِّجارات) أي الشِّرْكةُ انعَقَدت للتِّجارة، وهذه الأمورُ منها؛ فإنه قد يَعجِزُ عن العَمَل بنفسه، فيَحتاجَ إلى أن يَستَعين بغيره.

ولا يُقالُ: إنَّ كلَّ واحِدٍ منهما وَكيلٌ عن صاحبه بشِراء النِّصفِ، وليس للوَكيل أن يُوكِّلَ غيرَه.

لأنَّ الشَّريكَ بمَنزلة وَكيلٍ فُوِّض إليه الرَّأيُ، وقيل له: (اعمَل برَأيك)، فيَجوزُ أن يُوكِّلَ غيرَه.

قَولُه: (ويَدُه) أي يَدُ كلِّ واحِدٍ من الشَّريكَين.

(لأنَّ صاحِبَ المالِ رَضِي بقَبضه) أي إنَّه قَبَض المالَ بِرِضا صاحِبِ المالِ لا

على وَجهِ البَدَلِ والوَثيقةِ، فيكونُ أمانةً.

وأما شِرْكةُ الصَّنائعِ: كالخيّاطَينِ والصَّباغَينِ يَشتَرِكانِ على أن يَتقبَّلا الأعمالَ، ويَكونَ كُلُّ الكَسبِ بينَهما، فيَجوزُ ذلك؛ للحاجة.

قَولُه: (على أن يَتقبَّلا الأعمالَ) أي مَحَلَّ الأعمالِ؛ لأنَّها أعراضٌ لا تَقبَلُ القَبولَ، ولأنَّ قَبولَ عَمَلِ نَفسِه لا يَصِحُّ؛ لأنَّه حاصِلٌ له.

وما يَتَقَبَّلُه كلُّ واحِدٍ منهما من العَمَل: يَلزَمُه ويَلزَمُ شَريكَه؛ لوجود عَقدِ الشَّرْكة.

وإن عَمِل أحدُهما دون الآخَر: فالكَسْبُ بينَهما نِصفانِ؛ لأنهما شَرَطا أن يكونَ المالُ بينَهما نِصفَينِ، فصار العامِلُ عامِلًا لنَفسه في النِّصف، مُعينًا لصاحبه في النِّصف.

قَولُه: (يَلزَمُه ويَلزَمُ شَريكَه) حتى يُطالِبُ كلَّ واحِدٍ منهما بالعَمَل، ويُطالِبُ بالأجر، وهذا إذا كانت مُفاوَضةً، فقد ذَكَر في «الفَتاوى الظَّهيريّةِ»: وهذا النَّوعُ من الشِّرْكة قد يَكونُ عِنانًا، وقد يَكونُ مُفاوَضةً عند استِجماعِ شَرائِطِها، فيَكونُ كلُّ واحِدٍ منهما مُطالَبًا بحُكم الكَفالةِ بما وَجَب على صاحبه، ومتى كان عِنانًا فإنَّما يُطالَبُ به مَن باشَر السَّبَبَ، دون صاحبِه.

وذَكَر في «الهِداية»: وهذا ظاهِرٌ في المُفاوضة، وفي غيرها استِحسانٌ، والقِياسُ خِلافُ ذلك(١).

---

(١) لأن الشركة وقعت مطلقة والكفالة مقتضى المفاوضة.

وجه الاستحسان: أن هذه الشركة مقتضية للضمان؛ ألا ترى أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر، ولهذا يستحق الأجر بسبب نفاذ تقبله عليه، فجرى مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل. «الهداية» ٣/ ١٢.

وأما شِرْكةُ الوُجوه: فالرَّجُلانِ يَشترِكانِ ولا مالَ لهما، على أن يَشتَرِيا بوُجوهِهِما ويَبيعا، فتَصِحُّ الشِّرْكةُ على هذا.

سُمِّي شِرْكةُ الوُجوهِ بها: لأنَّهما يَقدِران على الشِّراء بالنَّسيئة؛ لوَجاهتهما، أي قَدْرِهما وشَرَفِهما.

وقيل: سُمِّي بذلك: لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما يَنظُرُ في وَجه صاحِبِه؛ لكَساد سُوقِهما.

وصُورَتُه: أن يَشترِكا بغير مالٍ على أن يَشتَرِيا جَميعًا وشَتّى بالنَّسيئة، ثم يَبيعانِ ويَشتَرِيانِ مَرّةً بعد أُخرى، على أنَّ ما رَزَق اللهُ تعالى من رِبحٍ فهو بينهما.

وكُلُّ واحِدٍ منهما وَكيلُ الآخَرِ فيما يَشتَريه؛ لوجود التَّساوي بينَهما.

فإن شَرَطا على أن المُشتَرَى بينَهما نِصفانِ: فالرِّبحُ كذلك.

ولا يَجوزُ أن يَتفاضَلا فيه؛ لأن الرِّبحَ بِناءٌ على مِلك المَبيع.

قَولُه: (لأنَّ الرِّبحَ بِناءٌ على مِلك المَبيعِ) الرِّبحُ لا يَطيبُ إلا بالمال، كرَبِّ المالِ، أو بالعَمَل، كالمُضارِب، أو بالضَّمان، كما في شِرْكة الوُجوهِ، والضَّمانُ إنَّما يَكونُ بقَدر المِلك في المُشتَرَى، فكان الرِّبحُ الزّائِدُ عليه رِبحُ ما لم يُضمن.

ولا تَجوزُ الشِّرْكةُ في الاحتِطاب والاصطِياد، وما اصطادَه أو احتَطَبه أحدُهما: فهو له دون صاحِبه؛ لأنه تَوكيلٌ بما يَملِكُه الوَكيلُ لنَفسه قبل الإذنِ والتَّوكيل.

ولو اشتَرَكا ولأحَدهما بَغْلٌ وللآخَرِ راوِيةٌ يُستقى عليها الماء، والكَسْبُ بينَهما: لم تَصِحَّ الشِّرْكةُ، والكَسْبُ كلُّه للذي استَقى، وعليه أَجرُ مثلِ الرّاوِية؛ لأن صاحِبَ الرّاوِيةِ صار آجِرًا راوِيتَه بأَجرٍ مَجهولٍ.

وإن كان العامِلُ صاحِبَ الرَّاوية: فعليه أَجرُ مثلِ البَغْل؛ لأنه صار مُستأجِرًا للبَغْل بنصف ما يَحصُل، وإنه مَجهولٌ، والإجارةُ بعِوَضٍ مَجهولٍ توجِبُ فَسادَ الإجارة.

قَولُه: (لأنَّه تَوكيلٌ بما يَملِكُه الوَكيلُ لنَفسه[1]) التَّوكيلُ إثباتُ وِلايةِ التَّصرُّفِ فيما هو ثابِتٌ للمُوكِّل وليس بثابِتٍ للوَكيل، والوكيل يَملِكُ الاحتطابَ وأَخواتِه[2] بدون إذنِه وتَوكيلِه، فلا يُتصوَّرُ منه إثباتُ الوَكالةِ فيها؛ لفُقدان ماهيَّتِها[3]، فلا تَثبُتُ الشِّرْكةُ؛ لأنَّها لا تَنعَقِدُ بدون الوَكالةِ.

وهذا لأنَّ الأصلَ أنَّ كَسبَ الإنسانِ أن يَكونَ له لا لغَيره، إلا أن يُجعَلَ فِعلُه كفِعل غيرِه باعتِبار الأَمرِ والتَّوكيلِ، وذلك إنَّما يَكونُ في التَّصرُّفات اللَّفظيَّةِ التي تَفتَقِرُ صِحَّتُها إلى الأمر باعتِبار مُوجَباتِها، فإنَّ وُقوعَه بَيعًا لغيره أو شِراءً لغَيره لا يَصِحُّ إلا بأمره؛ لأنَّه ليس له وِلايةُ إلزامِ حُكمِ تَصرُّفِه على غيره، وفي الأفعال الحِسِّيَّةِ لا يَستَقيمُ جَعلُ فِعلِ نَفسِه لغَيره؛ لأنَّ حُكمَه حُصولُ ذلك الشَّيءِ -وهو المُحصَّلُ- له، فيَكونُ المُحَصِّلَ له، إلا أن يُجعَلَ ذلك عِبارةً عن جَعل المُوجَب له، وهو باطِلٌ؛ لأنَّ مُوجبَه عينٌ اختَصَّ به، فلو جَعلناه لغَيره قبل التَّحصيلِ: صار ذلك تَبرُّعًا منه بشَيءٍ لم يُملَك، فيَكونُ باطِلاً.

وذُكِر في بَعض النُّسَخِ: (لأنَّه تَوكيلٌ بما لا يَملِكُه المُوكِّلُ).

وتَقريرُه: ما ذَكَره الإمامُ خُواهَر زادَه رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّ التَّوكيلَ أَمْرٌ بالتَّصرُّف، فإنَّما

---

(١) في (هـ): بنفسه.

(٢) وهو الاصطياد ونحوه.

(٣) في (هـ): ماهيتهما.

يَصِحُّ فيما يَملِكُه المُوكِّلُ، كما في بَيع شيءٍ من ماله، أو إيجابِ الثَّمَنِ في ذِمَّته، كما في التَّوكيل بالشِّراء، وليس في الاحتِطاب وما يُضاهيه هذان المَعنَيان، وهذا لأنَّ تقريرَ[1] هذه الشِّرْكةِ: كأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما قال لصاحِبه: (احتَطِب حتى يكونَ بيني وبينك)، ولو صَرَّحا بهذا: يَكونُ باطِلًا، كذا إذا اشتَرَكا، وتَقديرُ الشِّرْكةِ هذا.

وقَولُه: (قبل الإذنِ والتَّوكيلِ) يأبى صِحّةَ هذه الرِّوايةِ، فالحَقُّ ما ذَكَرناه بَدِيًّا[2].

وفسادُ الشِّرْكةِ في المَسألة التي تَليها[3] بِناءً على هذه، وهو أنَّها انعَقَدت على إحراز المُباحِ، وهو الماءُ، فتَفسُدُ.

وكلُّ شِرْكةٍ فاسِدةٍ فالرِّبحُ فيها على قَدْر رَأسِ المال؛ لأن الرِّبحَ تَبَعُ المال، ويَبطُلُ شَرطُ التَّفاضُل؛ لأنه يَلزَمُ بالعَقد، والعَقدُ فاسِدٌ.

قَولُه: (لأنَّه بالعَقد، والعَقدُ فاسِدٌ) أي الزِّيادةُ إنَّما تُستَحَقُّ بالتَّسمية، والتَّسميةُ قد فَسَدت بفَساد العَقدِ، فيَبقى الاستِحقاقُ على قَدر رأسِ المالِ.

وإذا مات أَحَدُ الشَّريكَين، أو ارتَدَّ ولَحِق بدار الحَرب: بَطَلت الشِّرْكة؛ لانقطاع تَصرُّفاتِه في دار الإسلام.

قَولُه: (بطَلَت الشِّرْكةُ) لأنَّ الشِّرْكةَ تَقتَضي الوَكالةَ، وهي تَبطُلُ بالمَوت، وكذا بالالتِحاق مُرتَدًّا، وقَضى القاضي به.

---

(١) في (و): تقدير.

(٢) البَدِيُّ بالتشديد: الأول، ومنه قولهم: افعل هذا بادِيَ بَدِيٍّ، أي أول كل شيء. «النهاية» ١/١٠٩.

(٣) وهي مسألة صاحبي البغل والراوية.

وليس لواحِدٍ من الشَّريكين أن يُؤَدِّيَ زكاةَ مالِ الآخَرِ إلا بإذنه؛ لأنه ليس من التِّجارة.

فإن أَذِنَ كلُّ واحِدٍ منهما لصاحِبه أن يُؤَدِّيَ زكاةَ ماله فأَدّى كلُّ واحِدٍ منهما: فالثّاني ضامِنٌ للأَوّل، سَواءٌ عَلِم بأداء الأَوّلِ أو لم يَعلَم، أما إذا عَلِم: فلأنه لم تبقَ الزَّكاةُ واجِبةً على الآمِر، وإن لم يَعلَم: لأنه عَزلٌ حُكمِيٌّ، فلا يَتَقَيَّدُ بالعِلم، كالموت.

قَولُه: (فأَدَّى كلُّ واحِدٍ منهما) أي أدّى أحدُهما زكاةَ صاحِبِه بعدما أدّى هو بنَفسه لنَفسه، وكذا[1] الآخَرُ.. إلى آخِره: فإنَّه يَضمَنُ؛ لأَنَّه مَأمورٌ بأداء الزَّكاةِ، وهذا المُؤدَّى آخِرًا لم يَقَع[2] زكاةً، فيُضمَنُ.

وذَكَر محمّدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ في «زياداته»: فبَدأ أحدُهما فزَكَّى المالَ كُلَّه، ثم زَكَّى الآخَرُ المالَ كُلَّه: ضَمِن الثّاني.

قَولُه: (لأَنَّه ليس من التِّجارة) الشِّرْكةُ وُضِعت للاستِثمار، وأداءُ الزَّكاةِ ليس من التِّجارة، فلم يَكُن استِثمارًا.

وعندهما: إن لم يَعلَم: بَقِي وَكيلًا، كالعَزْل القَصدِيّ، وإنه لا يَصِحُّ من غير عِلمِ الوَكيل.

العَزلُ القَصدِيُّ يَعتَمِدُ العِلمَ؛ لأنَّ فيه نَوعَ حَجرٍ، فيُشتَرَط عِلمُه؛ كيلا يَتضرَّرَ الوَكيلُ، وفي العَزل الحُكميِّ لا يُشتَرَط؛ لأنَّ ذلك يَكونُ بزَوال الأهلِيّةِ، بأن يَموتَ المُوكِّلُ، أو المَحلِّيّةِ، بأن يَموتَ العَبدُ[3]، فلا يُشتَرَط العِلمُ.

(١) في (و): وهذا.

(٢) في (و): لم يقع فيه.

(٣) قوله: (بأن يموت الموكل أو المحلية بأن يموت العبد) مثبت من (و).

ثم هنا المَأمورُ به الزَّكاةُ، ومتى أدّى هو بنَفسه: لم تَبقَ الزَّكاةُ واجِبةً عليه، وفات[1] المُوكَّلُ به، فيَنعَزِلُ ضَرورةً، فإذا أدَّى الوَكيلُ فقد أدَّى مالَ غيرِه بغير أمرِه إلى الفَقير، فيَضمَنُ.

وهما يَقولان: المَأمورُ به التَّمليكُ من الفَقير، وهو مُمكِنٌ؛ لأنَّ الإنسانَ إنَّما يَلتَزِمُ بما في وُسعه، وفي وُسعه التَّمليكُ، لا وُقوعُه زَكاةً؛ لأنَّ ذلك يَتعلَّقُ بنيّة المُوكِّلِ، فهما يَمنعانِ فَواتَ الأهلِيّةِ والمَحلِّيّةِ.

❁❁❁

الوَقفُ عند أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ يُشبِه العارِيّةَ؛ لأنَّه تَبرُّعٌ بالمَنافع مع بَقاء العَينِ على مِلكه.

وعند محمّدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُشبِه الهِبةَ، حتى يُشتَرَطُ التَّسليمُ، فناسَبَ ذِكرُه عَقيبَ العارِيّةِ قبل الهِبةِ.

---

(١) في (و): فقال، وفي (ز): ففات.

كتابُ الوقف

كتابُ الوَقفِ

الوَقفُ في اللُّغة: الحَبسُ.

وفي الشَّرع: عند أبي حنيفةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: حَبسُ العَينِ على مِلك الواقِفِ، والتَّصدُّقُ بالمَنفَعة على الفُقراء، أو على وَجهٍ من وُجوه الخَيرِ، بمَنزلة العَواريِّ.

فلا يَكونُ لازِمًا، ويَبقى على مِلكه، فيَبيعُ ويَرجِعُ فيه.

وعندهما: هو حَبسُ العَينِ على حُكم مِلكِ اللهِ تعالى، ويَزولُ مِلكُ الواقِفِ عنه إلى الله تعالى، على وَجهٍ تَعودُ مَنفعَتُه إلى العِباد.

فيَلزَمُ، ولا يُباع، ولا يُوهَب، ولا يُورَث، بمِنزلة المَسجِدِ.

ثم قيل: إنَّه لا يَجوزُ الوَقفُ أصلًا عنده، والأصَحُّ: أنَّه جائِزٌ إجماعًا، إلا أنَّ عندَه غيرَ لازِمٍ[١].

وحُكِيَ عن أبي يوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أنَّه قال: لم نَزَل في حَيرةٍ منذ خالَفْنا الشَّيخَ في الوَقف.

---

(١) بمنزلة العارية: فإنها جائزة غير لازمة، فإذا كان كذلك فتصرف المنفعة إلى جهة الوقف وتبقى العين على ملك الواقف، فله أن يرجع، ويجوز بيعه، ويورث عنه. «الهداية والبناية» ٧/ ٤٢٤.

لا يَزولُ مِلكُ الواقِفِ عن الوَقف عند أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، إلا أن يَحكُمَ به حاكِمٌ، أو يُعَلِّقَه بمَوته فيَقولَ: (إذا مِتُّ فقد وَقفتُ داري على كَذا)؛ لأنه يَصيرُ بمعنى الوَصِيَّة.

قَولُه: (إلا أن يَحكُمَ به حاكِمٌ[1]) وطَريقُ ذلك أن يُسلِّمَ الواقِفُ ما وَقَفه إلى المُتَوَلِّي، ثم يَرجِعَ مُحتَجًّا بعَدَم اللُّزومِ، فيَختَصمانِ إلى القاضي، فيَقضي القاضي بلُزومه، كذا في «الفَتاوى الظَّهيريَّةِ».

قَولُه: (أو يُعلِّقَه بمَوته) قال صاحِبُ «الهِدايةِ» رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الصَّحيحُ أنَّه لا يَزولُ مِلكُه في هذه الصُّورةِ[2]، إلا أنه تصدق[3] بمَنافعه مُؤَبَّدًا، فيَصيرُ بمَنزِلة الوَصيَّةِ بالمَنافع مُؤَبَّدًا، فيَلزَمُ.

وجاز أن يَكونَ المُرادُ من قَوله: (لا يَزولُ) أي لا يَلزَمُ؛ لمُلازمةٍ بينهما.

قال فَخرُ الإسلامِ: لو كان بطَريق الوَصيَّةِ للَزِم بالإجماع، ولكن عند أبي حنيفةَ

(١) المراد بالحاكم: المُوَلَّى، أي الذي ولاه الخليفة عمل القضاء، وأما المُحَكَّمُ -وهو الذي يفوض إليه الحكم في حادثة معينة باتفاق المتخاصمين-: ففيه اختلاف المشايخ.. قال في كتاب القضاء من «خلاصة الفتاوى»: وأما حكم المحكم في اليمين المضافة وسائر المجتهدات: فالأصح أنه ينفذ، ولكن لا يفتى به. «الهداية والعناية» ٦/ ٢٠٧.

(٢) يعني أن المشايخ اختلفوا على قول أبي حنيفة، فقيل: يزول الملك بالتعليق بالموت؛ لأنه وقت خروج الأملاك عن ملكه، فالتعليق به يدل على أن مراده الخروج من الملك.

وقيل: لا يزول، وهو الصحيح؛ لأن الواقف تصدق بالغلة، وهو لا يستدعي زوال أصل الملك، ولأنه تصدق بالغلة دائمًا، ولا يمكن التصدق بها هكذا إلا إذا بقي أصل الموقوف على ملكه، إلا أنه تصدق بمنافعه مؤبدًا، فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدًا، فيلزمه. «العناية» ٦/ ٢٠٧.

(٣) في (و): إلا أن يتصدق، وفي (ز): إلا أنه إذا تصدق.

رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ تَصيرُ رَقَبةُ ذلك الشَّيءِ مِلكًا لوَرَثته، أو له حُكمًا، بمَنزلة العَواريِّ على التَّأبيدِ.

وعندهما: لا يَكونُ مَملوكًا لأحدٍ، كاتِّخاذ المَوضِعِ مَسجِدًا.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُٱللَّهُ: يَزولُ المِلكُ بمُجَرَّد القَول؛ لأنه بالجَعل لله تعالى يُسقِطُ حَقَّ نفسِه، فيَصِحُّ الإسقاطُ بمُجَرَّد القَول، كالطَّلاق والعَتاق.

الوَقفُ إزالةُ المِلكِ إلى الله تعالى من وَجهٍ، كما قال أبو يوسفَ رَحِمَهُٱللَّهُ، ألا ترى أنَّ القَبولَ ليس بشَرطٍ فيه، مع أنه رُكنٌ في التَّبرُّعات؛ لأنَّه لا يَكونُ القَبضُ الذي هو شَرطٌ أَولى، ومن وَجهٍ تَمليكٌ؛ لأنَّ التَّصدُّقَ إن وَقَع بالمَنافع فقد صارَت الرَّقَبةُ مُتصَدَّقةً ضَرورةً؛ لأنَّ قِوامَ المَنافِعِ بالأعيان، فصار هذا والتَّصدُّقُ برَقبَتها قَصدًا سَواءً، وذلك لا يَتِمُّ إلا بالقَبض، كذا هذا.

وقال محمَّدٌ رَحِمَهُٱللَّهُ: لا يَزولُ المِلكُ حتى يَجعلَ للوَقف وَليًّا ويُسَلِّمَه إليه؛ لأنه هِبةٌ[1] من وَجهٍ في حَقِّ العِبادِ بجِهةٍ مَخصوصةٍ، فلا يَتِمُّ إلا بالتَّسليم.

قيل: الشَّرطُ عند محمّدٍ رَحِمَهُٱللَّهُ: أن تكونَ مُسَلَّمةً، مَقسومةً، مُؤبَّدةً.

وتَفسيرُ التَّسليمِ: أن يُخرِجَها عن يَده، ويُسَلِّمها إلى قَيِّمٍ يَقومُ على ذلك.

ولأبي حنيفةَ رَحِمَهُٱللَّهُ: أن الوَقفَ تَبرُّعٌ بالمَنافِعِ، فلا يَلزَمُ ولا يَتأبَّدُ، كالإعارة؛ إلا إذا حَكَم به الحاكِم؛ لأن المُجتهَدَ يَلتَحِقُ بالمَقطوع بالحُكم به، كما إذا أوصى به.

(ولأبي حنيفةَ رَحِمَهُٱللَّهُ: أنَّه تبرُّعٌ بالمنافع) أي إنَّه تَبرُّعٌ بالمَنافع مع بَقاء العَينِ على مِلكه، بدَليل أنَّه يُعتبَر رَأيُ الواقِفِ وتَدبيرُه بعد ذلك، مَن نَصْب القَيِّمِ وتَوزيعِ

(١) في (ب): وقف هبة.

الغَلّاتِ، فدَلَّ أنَّه بَقِي على مِلكه، ولكن مَنفَعةُ مِلكِه مَصروفةٌ إلى غيره، فصار شَبيهَ العارِيَّةِ.

ولأنَّه لو زال مِلكُه لا إلى أحَدٍ: يكونُ تَسييبًا[1]، ولا يَزولُ إلى أحَدٍ بالإجماع، فلا يَزولُ أصلًا.

قَولُه: (لأنَّ المُجتَهَدَ يَلتَحِقُ[2] بالمَقطوعِ بالحُكم به) أي المُختَلَفُ فيه يَصيرُ كالمَقطوعِ والمُجمَعِ عليه بواسِطة القَضاءِ.

وقَولُه: (أو أَوصى به) هذا مَعطوفٌ على قَوله: (إلا إذا حَكَم به حاكِمٌ) أي لا يَلزَمُ ولا يَتأبَّدُ إلا إذا حَكَم به حاكِمٌ، أو أَوصى به، وإنَّما فَصَل بين المَعطوفِ والمَعطوفِ عليه بالدَّليل؛ لاختِصاصِه بالمَعطوف عليه.

وصُورةُ الوَصيَّةِ أن يَقولَ: (إذا مِتُّ فقد وَقفتُ داري على كذا)، فإنَّه يكونُ وَصيَّةً لازِمةً من غير حُكمِ الحاكِمِ.

وإذا صَحَّ الوَقفُ -على اختِلافِهم-: خَرَج من مِلك الواقِف، ولم يَدخُل في مِلك المَوقوفِ عليه؛ لأن الوَقفَ يَمنَعُ ثُبوتَ المِلكِ لأَحَدٍ فيه.

(وإذا صَحَّ الوَقفُ على اختِلافهم) وفي بعض النُّسَخِ: (وإذا استُحِّقَ)[3].

---

(١) كان الرجل إذا نذر لقدوم من سفر أو برء من مرض أو غير ذلك قال: ناقتي سائبة، فلا تمنع من ماء ولا مرعى، ولا تحلب، ولا تركب، وكان الرجل إذا أعتق عبدًا فقال: هو سائبة: فلا عقل بينهما ولا ميراث. وأصله من تسييب الدواب، وهو إرسالها تذهب وتجيء كيف شاءت. «النهاية» ٢/ ٤٣١.

(٢) في (و): يلحق.

(٣) هذا الكلام نفسه في «الهداية» ٣/ ١٦ عن نسخ القدوري.

وقولُه: (خَرَجَ عن مِلك الواقِفِ) يَجِبُ أن يكونَ قولَهما، كذا ذُكِر في «الهِداية»(١).

---

(١) يعني أن الوقف عندهما حبس العين على ملك الله تعالى، وبزوال الملك خرج الوقف عنه إلى الله تعالى، فلما زال ملك الواقف عندهما يجب أن يكون قوله: (خرج عن ملك الواقف) قولهما بخلاف قول أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ، فإن الوقف عنده حبس العين على ملك الواقف، والتصدق بالنفقة، فإذا كان محبوسًا على ملك الواقف لا يصح قوله: (خرج عن ملك الواقف) على مذهب الإمام. «البناية» ٧/ ٤٣١.

اعترض عليه بأنه ذكر قبل هذا: لا يزول ملك الواقف إلا أن يحكم به الحاكم، وهذا الاستثناء إنما يحتاج إليه على قول أبي حنيفة في حق زوال الوقف عن ملك الواقف، وأما على قولهما فإن الملك يزول بدون حكم الحاكم، ثم الدليل الصحيح يقتضي عدم جواز الخروج عن الملك؛ لأن الخروج يقتضي أن لا يصح شرطه في صرف الغلة، كما إذا أعتق عبده بشرط أن يصرف غلته إلى كذا، أو جعل أرضه مسجدًا بشرط أن يصلي فيه فلان دون فلان، فإن التصرف في غير ملكه غير صحيح.

والجواب عن الأول: أن ما ذكره في الكتاب ههنا إنما هو في الصحة، وما ذكره قبل هذا فإنما هو في اللزوم، والصحة لا تستلزم اللزوم، فكان القول بخروج الوقف عن ملك الواقف إذا صح الوقف قولهما لا قول أبي حنيفة، إلا إذا حكم به الحاكم فإنه حينئذ يكون خروج الوقف عن ملك الواقف قول الكل.

سلمنا أن الصحة ههنا بمعنى اللزوم، ولكن لا يلزم من اللزوم الخروج عن ملك الواقف عند أبي حنيفة؛ لأن الوقف عنده معرف بحبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة، وذلك يمنع عن الخروج لا محالة.

وعن الثاني بأن خروج الملك إلى الله تعالى قربة لا يمنع التصرف فيه ممن خرج عنه، ألا ترى أن القربات تصير بالإراقة إلى الله تعالى، ثم إن صاحبه يتصرف فيه بالأكل والإطعام والتصدق به بتولية الشرع؛ لكونه المتقرب به، فجاز أن يكون أمر الواقف كذلك، بخلاف العبد فإنه يصير مالكًا لمنافعه، فلا يعمل فيه تصرف غيره، وأما المسجد: فالأصل الكعبة والمسجد الحرام فيه سواء العاكف والباد، فعلمنا أن الله تعالى لم يول التخصيص إلى الذي جعله مسجدًا، وإنما ألحقه بالمسجد الحرام والكعبة. انتهى. =

وقال الشَّيخُ الإمامُ بَدرُ الدِّينِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وإذا استُحِق -أي ثَبَت- الوَقفُ على قَول أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ بالحُكم أو بالتَّعليق بالمَوت، وعلى قَولهما بالوَقف والتَّسليمِ.

(لأنَّ الوَقفَ يَمنَعُ ثُبوتَ المِلكِ لأحَدٍ فيه) لأنَّه لو مَلَك المَوقوفُ عليه: لنَفَذ بَيعُه، كما في سائِر أملاكِه.

ووَقفُ المُشاعِ جائزٌ عند أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ، كالإعتاق[1].

الوَقفُ عند أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إزالةٌ، كالإعتاق، والشُّيوعُ لا يَمنَعُه، فكذا لا يَمنَعُ الوَقفَ.

وعند محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَجوز، كالهِبة فيما يَحتَمِلُ القِسمةَ.

قَولُه: (فيما يَحتَمِلُ القِسمةَ) يَجوزُ أن يَتَّصِلَ بقَوله: (لا يَجوزُ)، ويَجوزُ أن يَتَّصِلَ بقَوله: (كالهِبة)؛ فإنَّ الشُّيوعَ عند محمّدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ لا يَمنَعُ صِحّةَ الوَقفِ والهِبةِ فيما لا يَحتَمِلُ القِسمةَ.

ولا يَتِمُّ الوَقفُ عند أبي حنيفة ومحمدٍ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ حتى يَجعَلَ آخِرَه لجِهةٍ لا تَنقَطِعُ أبَدًا، فحينئذٍ يَتأبَّدُ؛ لأنه بمعنى التَّمليكِ من وَجهٍ.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا سَمّى جِهةً تَنقَطِع: جاز، وصار بعدَها للفُقَراء وإن لم يُسَمِّهم؛ لأن عندَه هذا إسقاطٌ إلى الله تعالى.

= وقال في «البناية» ٧/ ٤٣٢: وقال الكاكي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: قوله: (يجب أن يكون قولَهما) مطلقًا لا يستقيم. أجيب عنه: بأنه قال: (وإذا صح الوقف) لم تدل الصحة على اللزوم كالعقود الصحيحة الغير اللازمة من العارية والوكالة والمضاربة، فكان القول بخروج الوقف عن ملك الواقف إذا صح الوقف قولهما، وقوله: إذا حكم به: فحينئذ خروجه قول الكل. انتهى.

(١) في (ب): كالاعتكاف.

قيل: التَّأبيدُ شَرطٌ عند محمّدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، خِلافًا لأبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، والصَّحيحُ أنَّ التَّأبيدَ على قَول الكُلِّ شَرطٌ، ولكنَّ ذِكرَه ليس بشَرطٍ عند أبي يوسفَ؛ لأنَّ قولَه: (وَقفتُ) يَقتَضي الإزالةَ إلى الله تعالى، وذلك يَقتَضي التَّأبيدَ، فلا حاجةَ إلى ذِكره.

ومحمّدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ يَقولُ: إنَّه تمليكٌ من وَجهٍ، وذلك قد يَكونُ مُؤَقَّتًا، وقد يَكونُ مُؤَبَّدًا، فمُطلَقُه لا يَنصَرِفُ إلى التَّأبيد بدون التَّنصيصِ.

ويَصِحُّ وَقفُ العَقارِ.

ولا يَجوزُ وَقفُ ما يُنقَلُ ويُحَوَّل.

ولَمّا كان التَّأبيدُ شَرطًا يَتفَرَّعُ عليه هاتان المَسألتانِ، وهو صِحّةُ وَقفِ العَقارِ؛ لأنَّه ممّا يَتأبَّدُ، وعَدمُ صِحّةِ وَقفِ المَنقولِ؛ لأنَّه ممّا لا يَتأبَّدُ.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا وَقَف ضَيعةً ببَقَرها وأَكَرتِها وهم عَبيدُه: جاز.

وقد يَثبُتُ الحُكمُ ضِمنًا، وإن كان لا يَثبُتُ قَصدًا، كالشِّرب في البَيع، فلهذا يَجوزُ وَقفُ الضَّيعةِ ببقَرها وأُكَرتِها.

وقال محمّدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَجوزُ حَبسُ الكُراعِ والسِّلاح؛ إلا أن في الضَّيعة ينبغي أن يَلزَمَ تَبعًا للعَقار، وفي الخَيل: لا يَلزَم؛ ويكونُ هذا إحسانًا وقُربةً.

قَولُه: (إلا أنَّ في الضَّيعة يَنبَغي أن يَلزَمَ) قال شَيخُنا رَحِمَهُ ٱللَّهُ: هذه إشارةٌ إلى قَوله: (إذا وَقَف ضَيعةً ببقَرها وأَكَرتِها)، أي الوَقفُ في المَنقول الذي ثَبَت تَبَعًا في مَسألة الضَّيعةِ يَنبَغي أن يَكونَ لازِمًا، كالعَقار تَبَعًا له.

(وفي الخَيل لا يَلزَمُ) أي فيما إذا حَبَس كُراعَه[1]، ويَكونُ السِّلاحُ مُلحَقًا به أيضًا.

---

(١) الكراع: ما دون الكعب من الدواب، وما دون الركبة من الإنسان، وجمعه أكرع وأكارع،=

ثم قَولُه: (إلا أنَّ في الضَّيعة...) يُشيرُ إلى أنَّ مُحمّدًا مع أبي يوسفَ في فَصل الضَّيعةِ، وإن خَصَّ أبا يوسف بالذِّكر.

وقيل: إنَّ أبا يوسفَ مع محمّدٍ أيضًا في فصل حَبسِ الكُراعِ[(١)].

والمُرادُ من حَبس الكُراعِ: وَقفُه في سَبيل اللهِ.

قَولُه: (ويَكونُ هذا إحسانًا وقُربةً) أي يَكونُ هذا إحسانًا إلى النَّاس، فيَجوزُ؛ لقَوله تعالى: ﴿وَأَحْسِنُوٓا۟﴾ [المائدة:٩٣]، ولكن لا يَلزَمُ.

ووَقَع في بعض النُّسَخ: (ويَكونُ هذا استِحسانًا)، ومَعناه هذا أيضًا، فقد جاء الاستِحسانُ بمَعنى الإحسانِ.

ويُحتَمَلُ أن يُرادَ به ما يُقابِلُ القِياسَ؛ فقد قيل: إنَّ هذه المَسائِلَ[(٢)] استِحسانيّةٌ؛ لوُرود الآثارِ في وَقف الدُّروعِ[(٣)] والأكراعِ[(٤)]، والقياسُ: أن لا يَجوزَ؛ لأنَّ التَّأبيدَ

=ثم سمي به الخيل خاصة، ومنه كذلك يصنع بما قام على المسلمين من دوابهم وكراعهم، أراد به الخيول، وبالدواب ما سواها، وعن محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الكراع الخيل والبغال والحمير. «المغرب» ص٤٠٦.

(١) قال في «الهداية» ٣/ ١٧: «وقال محمد: يجوز حبس الكراع والسلاح، ومعناه وقفه في سبيل الله، وأبو يوسف معه فيه على ما قالوا، وهو استحسان، والقياس: أن لا يجوز لما بيناه من قبل. انتهى.

(٢) في (هـ): المسألة.

(٣) في (و): الزروع.

(٤) من ذلك ما روى أبو داود (١٦٢٣) عن أبي هريرة قال: بعث النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عمر بن الخطاب رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ على الصدقة، فمنع ابن جميل، وخالد بن الوليد، والعباس، فقال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «ما ينقم ابن جميل إلا أن كان فقيرًا فأغناه الله، وأما خالد بن الوليد.. فإنكم تظلمون خالدًا، فقد احتبس أدراعه وأعتُلَه في سبيل الله عَزَّ وَجَلَّ، وأما العباس عم رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ=

شَرطٌ على قَول الكُلِّ، لكن يَرُدُّه قَولُه: (وقُربَةً).

وإذا صَحَّ الوَقف: لم يَجُز بيعُه ولا تَمليكُه، إلا أن يكون مُشاعًا عند أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ، ويَطلُبُ الشَّريكُ القِسمةَ فيَصِحُّ مُقاسمةً؛ لأن فيها الضَّرورةَ.

وأما البَيعُ والتَّمليكُ فيُنافي مُقتَضى مَقصودِ الواقِف.

قَولُه: (إلا أن يَكونَ مُشاعًا) الغالِبُ جِهةُ المُبادَلةِ في القِسمة إذا كانت في غير المِثلِيّات، فيَكونُ في معنى البَيعِ، فيَصِحُّ الاستِثناءُ من قَوله: (لم يَجُز بيعُه).

والواجِبُ أن يَبتدِئَ من ارتفاعِ الوَقفِ بعِمارَتِه، شَرَط ذلك الواقِفُ أو لم يَشرُط؛ لأنه يَجِبُ إبقاءُ أَصلِه لحَقِّ الفُقَراء.

(ارتِفاعُ الوَقفِ) غَلَّتُهُ؛ تَسميةً بالمَصدر.

(لأنه يَجِبُ إبقاءُ أَصلِه لحَقِّ الفُقَراءِ) ولا ذلك إلا بالعِمارة، فيَثبُتُ شَرطُ العِمارةِ اقتِضاءً وإن لم يَشتَرِطه؛ لأنَّه شَرطٌ عُرفًا، فيَكونُ كالمَشروط ذِكرًا، بل أقوى؛ لأنَّه مَذكورُ قَومٍ، والقَومُ أقوى من الواحِد.

وإن وَقَف دارًا على سُكنى وَلَدِه: فالعِمارةُ على من له السُّكنى؛ لأنه المُنتَفِعُ به، ولأنه لا ارتِفاعَ له.

فإن امتنَع من ذلك، أو كان فَقيرًا: آجَرَها الحاكِمُ وعَمَرها بأُجرَتِها، فإذا عُمِرت: رَدَّها إلى من له السُّكنى؛ لأنه لو لم يَعمُرها: يَبطُلُ حَقُّ الواقِفِ وحَقُّ صاحِبِ السُّكنى أصلًا، وتَأخيرُ حَقِّ السُّكنى أَولى من إبطال حقِّهما من كلِّ وَجهٍ.

=فهي عليَّ ومثلها»، ثم قال: «أما شعرت أن عم الرجل صنو الأب -أو صنو أبيه-».

قال البغوي في «شرح السنة» ٦/ ٣٤: فيه دليل على وجوب زكاة التجارة، وجواز وقف المنقول.

وما انهَدَم من بناء الوَقفِ وآلَتِه: صَرَفه إلى عِمَارَته إن احتاج إليه، فإن استَغنى عنه: أَمسَكه حتى يَحتاجَ إلى عِمارَته فيَصرِفَه فيها؛ لأنه من أَجزاء الوَقف، ولهذا لا يَجوزُ أن يَقسِمَه بين مُستَحِقّي الوَقف؛ لأن لهم الانتفاعَ دون العَين.

وإذا جَعَل الواقِفُ غَلّةَ الوَقفِ لنَفسِه، أو جَعل الوِلايةَ[1] إليه: جاز عند أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن عنده [الوقفَ] إسقاطٌ، فلا يُفتَقَرُ إلى التَّسليم وقَصْرِ يَدِه عنه.

قَولُه: (وآلتِه) أي آلةِ البِناءِ، كالخَشَب وغيرِ ذلك.

قَولُه: (فلهذا لا يَجوزُ أن يَقسِمَه) أي البعضَ؛ لأنَّ لهم الانتِفاعَ دون العَينِ، على حُكم مِلكِ اللهِ تعالى، أو على حُكم مِلكِ الواقِفِ، فلا يُصرَف إليهم ما ليس حَقًّا لهم.

وإذا بَنى مَسجِدًا: لم يَزُل مِلكُه عنه حتى يُفرِزَه عن مِلكه بطَريقه؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَنَّ ٱلْمَسَٰجِدَ لِلَّهِ﴾ [الجن:١٨].

ويُشتَرط أن يَأذَن للنّاس بالصلّاة فيه.

وإذا صَلّى فيه واحِدٌ: زال مِلكهُ عنه عند أبي حنيفة ومحمد رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَزولُ مِلكُه عنه بقَوله: (جَعلتُه مَسجِدًا)؛ لأن عندَه الوَقفَ إسقاطٌ.

وعند محمّدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَزولُ ما لم يُصَلَّ فيه بجَماعةٍ[2].

قَولُه تعالى: ﴿وَأَنَّ ٱلْمَسَٰجِدَ لِلَّهِ﴾ أي المَساجِدُ مُختَصّةٌ لله تعالى، ولا تَخلُصُ لله

---

(١) في (ب): وجعل ولايته.

(٢) العبارة في (أ): ولأبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ لا يزول ملكه عنه حتى يصلي فيه الناس جماعة.

تعالى إلا بالإفراز، فإذا صَلَّى فيه واحِدٌ: زال مِلكُه؛ لأنَّ فِعلَ الجِنسِ[1] مُتعذِّرٌ فيه، فيُشترَط أدناه.

وفي ظاهِرِ الرِّوايةِ: تُشترَطُ الصَّلاةُ بجَماعةٍ.

ومَن بَنى سِقايةً للمُسلمين، أو خانًا يَسكُنُه بَنو السَّبيل، أو رِباطًا، أو جَعَل أرضَه مَقبرةً: لم يَزُل مِلكُه عن ذلك حتى يَحكُمَ به الحاكِمُ عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأنه تَبرُّعٌ بالمنافِعِ لا بالعَين؛ لأنهم لا يَملِكونَ العينَ بالاتِّفاق.

الخَلقُ عِيالُ اللهِ تعالى، فمن كان أنفَعَ لعياله كان أحَبَّ إليه[2]، فلذلك اتُّخِذت السِّقاياتُ قُربةً، والقُربةُ ما يُتقرَّبُ به إلى الله تعالى.

والخانُ: المَوضِعُ الذي يَكونُ في المَفاوز في طُرُق البِلاد، ليَنزِل فيه أبناءُ السَّبيلِ.

وقَولُه: (يَسكُنُه بَنو السَّبيلِ) تَفسيرٌ له، كقوله تعالى: ﴿لَشِرْذِمَةٌ قَلِيلُونَ﴾[3] [الشُّعَرَاء:٥٤].

وظَهرُ الأرضِ مُتقلَّبُنا، وبَطنُها مُنقلَبُنا، وللأحياء لا بُدَّ من الخان، فكذلك للأموات لا بُدَّ من المَقابِر؛ ليَسكنوا فيها، إلى أن يُنقَرَ في النَّاقور[4].

---

(١) أي جميع المؤمنين.

(٢) أصل هذا الكلام حديث نبوي شريف، رواه البزار (٦٩٤٧) وأبو يعلى (٣٣٧٠) والشاشي (٤٣٥) والطبراني في «الأوسط» (٥٥٤١) والبيهقي في «الشعب» (٧٠٤٨).

(٣) أي أن الوصف بالقلة تفسير للشرذمة، قال المصنف رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى في «تفسيره» ٢/ ٥٦٤: الشرذمة: الطائفة القليلة، ذكرهم بالاسم الدال على القلة، ثم جعلها قليلًا بالوصف، ثم جمع القليل، فجمع كل حزب منهم قليلًا، واختار جمع السلامة الذي هو للقلة، وأراد بالقلة الذلة لا قلة العدد، أي أنهم لقلتهم لا يبالي بهم.

(٤) ﴿نُقِرَ فِي ٱلنَّاقُورِ﴾: نفخ في الصور. «تذكرة الأريب» ص٤٢٥.

قَولُه: (حتى يَحكُمَ به حاكِمٌ عند أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ) فالحاصِلُ أنَّ عندَه هذا بمَنزِلة الوَقفِ، وقد بيَّنَّا هناك أنَّ العَينَ باقٍ على مِلك الواقِفِ، فكذا ههنا، فيُشترَط حُكمُ الحاكِمِ، أو الإضافةُ إلى ما بعد المَوت؛ للزُومه، حتى إذا لم يُوجَد أحدُهما: له أن يَرُدَّ له ذلك إلى يَده ويَبيعَه، وإن مات: كان ميراثًا عنه.

وذُكِر في «مَبسوط» فخرِ الإسلامِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ وغيرِه: أنَّ الفَتوى على قَولهما في هذه المَسائِل، وعليه إجماعُ الأمّةِ، ألا ترى أنَّه بقي آثارُ الماضين في هذه الوُجوهِ! وكَفى بالإجماع حُجّةً.

وعند أبي يوسف: يَزولُ مِلكُه عنه بالقول؛ لأنه إسقاطٌ.

وقال محمّدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا استَقى النّاسُ من السِّقاية، وسَكنوا في الخان والرِّباط، ودَفَنوا في المَقبرة: زال المِلك؛ لأنه كالهِبة، فلا بُدَّ من التَّسليم.

قَولُه: (فلا بُدَّ من التَّسليم) وتَسليمُ كلِّ شيءٍ ما يَليق بهُ، وهو ما ذُكِر في الكِتاب.

❁❁❁

الوَقفُ تَبرُّعٌ بالمَنافع، والهِبةُ تَبرُّعٌ بالعَين والمَنفَعةِ، فيَتقارَبانِ.

كتابُ الهِبة

كتابُ الهِبةِ

الهِبةُ لُغةً(1): التَّبرُّعُ بما يَنفَعُ المَوهوبَ له.

وفي الشَّرع: عِبارةٌ عن تَمليك المالِ بطَريق التَّودُّدِ.

ورُكنُه: الإيجابُ، وهو قَولُ الواهِبِ: (وَهبتُ).

وشَرطُه: أن يَكونَ مَقسومًا مَحُوزًا.

وحُكمُه المَطلوبُ به: ثُبوتُ المِلكِ.

وأَهلُه: مَن يَكونُ أهلًا للتَّبرُّع، بأن يَكونَ عاقِلًا، بالِغًا، حُرًّا.

الهِبةُ تَصِحُّ بالإيجاب(2) والقَبولِ والقَبض؛ لما روي عن بعض الصَّحابةِ رِضوانُ اللهِ عليهم أجمعينَ أنهم قالوا: لا تَصِحُّ الهِبةُ إلا أن تكونَ مَقبوضةً مَحوزةً(3).

(1) في (هـ): الهبة في اللغة.

(2) في (أ): لا تصح إلا بالإيجاب.

(3) رواه ابن أبي شيبة عن سيدنا أبي بكر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ (٢٠١٣٥)، وعن سيدنا عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ (٢٠١٢٤) و(٢٠١٣١)، وعن سيدنا عثمان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ (٢٠١٢٦)، وعن سيدنا ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا (٢٠١٣٧).

قَولُه: (الهِبةُ تَصِحُّ بالإِيجاب والقَبولِ) الرُّكنُ الأصلِّيُّ في الهبة: الإيجابُ؛ لأنَّه عَقدُ تبرُّعٍ، فيَتِمُّ بالمُتبرِّع؛ لأنَّ المَقصودَ منه إظهارُ السَّماحةِ[1]، وذلك يَتِمُّ به، بخِلاف البَيعِ؛ فإنَّه معُاوضةٌ، فاقتَضى الفِعلَ من الجانِبَين.

ولهذا لو حَلَفَ أن يَهَبَ عبدَه لفُلانٍ، فوَهَب ولم يَقبَل: بَرَّ في يَمينه.

ويَدُلُّ عليه قَولُه: (وتَنعَقِدُ الهِبةُ بقوله: «وهَبتُ»، و«نَحَلتُ») وإنَّما قال في الكِتاب: (يَصِحُّ بالإيجاب والقَبولِ والقَبضِ): لِمَا أنَّ المِلكَ[2] مَوقوفٌ على هذا المَجموعِ، والمِلكُ هو المَطلوبُ من السَّبَب.

حاز كذا: أي جَعله في حَيِّزه بقَبضه، وحاز كذا: أي جَعَله في حَيِّزه بالقِسمة، والثَّاني هو المُرادُ في الأَثَر؛ كيلا يُؤدِّيَ إلى التَّكرار.

وقَولُه: (لا تَصِحُّ الهِبةُ) المُرادُ نَفيَ المِلكِ؛ لأنَّ الجَوازَ بدونه ثابِتٌ.

فإن قَبَض المَوهوبُ له في المَجلس بغير أَمرِ الواهِب: جاز؛ لأن الهِبةَ إِذنٌ في المَجلِس.

قَولُه: (لأنَّ الهِبةَ إذنٌ في المَجلس) لأنَّ الواهِبَ إنَّما يَقصِدُ بالهِبة التَّمليكَ، وذا لا يَتِمُّ إلا بالقَبض، فصارَت الهِبةُ تَسليطًا على القَبض، فكأنَّه أَذِن فيه صَريحًا، وهذا لأنَّ من تكلَّم بكَلامٍ يَكونُ إذنًا لغَيره بتَحصيل ما يَقَع به اعتِبارُ كَلامِه.

وإن قَبَض بعد الافتِراق: لم يَجُز، إلا أن يَأذنَ له الواهِبُ في القَبض؛ لأن بارتِفاع

---

(١) السماحة: بذل ما لا يجب تفضلًا. «التعريفت» ص١٢١. وفي «تهذيب الأسماء واللغات» ٣/ ١٥٥: السماح والسماحة: الجود... والمسامحة: المساهلة، وتسامحوا: تساهلوا.

(٢) في (ز): القبض.

المَجلسِ لم يَبقَ القَولُ؛ لأن القَولَ يَبقى إلى آخِرِ المَجلِس.

قَولُه: (لأنَّ بارتِفاعِ المَجلِسِ...) إلى آخِره: هذا مُتَّصِلٌ بقَوله: (لم يَجُز) أي القَبضُ مُلحَقٌ بالقَبول في الهِبة، من حيث إنَّه يَتوقَّفُ المِلكُ عليه، والقَبولُ يُعتبَرُ في المَجلِس؛ لأنَّ بارتِفاعِ المَجلِسِ لم يَبقَ الإيجابُ؛ لأنَّه تَمليكٌ، والتَّمليكات تَقتَصِرُ على المَجلِس.

والإيجابُ يُجعَل إذنًا بالقَبول، وكذا بالقَبض المُلحَقِ به.

والإيجابُ إنَّما يَبقى في حَقِّ القَبول إلى آخِرِ المَجلِس، فكذا فيما هو مُلحَقٌ به، فلا يَقَعُ المِلكُ به بعد المَجلِسِ.

(إلا أن يَأذَنَ له الواهِبُ) بأن يَقولَ: (اذهَب فاقبِضه)، فيَكونُ ابتِداءَ تَمليكٍ منه.

وتَنعَقِدُ الهِبةُ بقَوله: (وَهبتُ)، و(نَحلتُ)، و(أَعطيتُ)[1]؛ لأن هذه الألفاظَ صَريحُ الهِبة.

والأصلُ في هذه المَسائلِ: أنَّه إذا أتى بلَفظٍ يُنبِئُ عن تَمليك الرَّقَبةِ: يَكونُ هبةً، وإذا كان مُنبِئًا عن تَمليك المَنفعةِ: يَكونُ عاريّةً، وإذا احتَمَل هذا وذاك: يُنوَى في ذلك.

نَحَله كذا: أعطاه إيّاه بطِيبةٍ من نَفسه، بغَير عِوَضٍ، والنِّحلةُ والإعطاءُ يُستعمَلانِ في الهِبة استِعمالَ الصَّريحِ، فلهذا قال: (لأنَّ هذه الألفاظَ صَريحٌ في الهِبة) والإعطاءُ عِبارةٌ عن جَعل الشَّيء عَطِيّةً، والعَطِيّةُ هي الهِبةُ.

وكذلك: (أَطعَمتُكَ هذا الطَّعام)، قال الله تعالى: ﴿يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًاۚ﴾

(١) في (أ): بقوله نحلتك ووهبتك ومنحتك وأعطيتك.

[المُجَادلَة:٤]، فلو مَلَّكَه يَجوزُ.

الإطعامُ إذا أُضيفَ إلى ما يُطعَم عَينُه: يُرادُ به تَمليكُ العَينِ، كما إذا قال: (أطعَمتُك هذا الطَّعامَ).

وإذا أُضيفَ إلى ما لا يُطعَم: يُرادُ به أَكلُ غَلَّتِها، كما إذا قال: (أَطعَمتُك هذه الأرضَ).

والأصلُ فيه التَّمليكُ عند البَعضِ، وعند البَعضِ الأصلُ فيه الإباحةُ، والتَّمليكُ مُلحَقٌ به دَلالةً، كما ذُكِر في أُصول الفِقهِ(١).

وكذلك لو قال: (جَعلتُ هذا الثَّوبَ لك)، و(أَعمَرتُكَ هذا الشَّيءَ).. جاز، فإنه رُوِي أن النبيَّ عَلَيۡهِ ٱلسَّلَامُ أجاز العُمرَى وأَبطَل شَرطَ المُعمِرِ(٢).

---

(١) قال في «البناية» ١٠/ ١٣٩: قيل: في عبارته نظر -وهي قوله: لأنه مستعمل فيه-؛ لأنه إذا أراد بقوله: مستعمل أنه مجاز: فهو صريح؛ لأنه مجاز متعارف، والمجاز المتعارف صريح كما عرف في الأصول، فلا فرق إذن بين العبارتين.

وأجيب بأن: كليهما صريح لكن أحدهما حقيقة والآخر مجازًا، فأشار إلى الثاني بقوله: مستعمل، أي مجازًا؛ ليعلم أن الآخر حقيقة.

(٢) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٢٧: قال البخاري (٢٦٢٥) ومسلم (١٦٢٥) عن أبي سلمة عن جابر: أن النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ كان يقول: «العمرى لمن وهبت له». انتهى، أخرجه مسلم عن أبي الزبير عن جابر قال: قال رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ: «أمسكوا عليكم أموالكم لا تعمروها، فإنه من أعمر عمرى فإنها للذي أعمرها حيًّا ومَيتًا ولعقبه». انتهى، وأخرج أيضًا عن أبي الزبير عن جابر قال: أعمَرَت امرأة بالمدينة حائطًا لها ابنًا لها، ثم توفي وتوفيت بعده، وترك ولدًا له، وله إخوة بنون للمعمِرة، فقال ولد المعمِرة: رجع الحائط إلينا، وقال بنو المعمر: بل كان لأبينا حياته وموته، فاختصموا إلى طارق مولى عثمان، فدعا جابرًا، فشهد على رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ بالعمرى=

اللَّامُ في قَوله[1]: (جَعلتُ هذا الثَّوبَ لك) للتَّمليك، وهو صريحٌ[2] في جَعل الشَّيءِ له.

أَعمَرتُك هذا الشَّيءَ: أي جَعلتُه لك مُدَّةَ عُمُرِك، وقد أبطَل الشَّارعُ هذا الشَّرطَ، بقي[3] قَولُه: (جَعلتُه لك).

وكذلك لو قال: (حَملتُك على هذه الدَّابَّةِ) إذا نَوى به الهِبةَ.

الحَملُ: هو الإركابُ حَقيقةً، فيَكونُ عارِيّةً، لكنَّه يَحتَمِلُ الهِبةَ، فيُحمَل عليه عند نِيَّتِه.

ولا تَجوزُ الهِبةُ فيما يَنقَسِمُ إلا مَحُوزةً مَقسومةً؛ ليَصِحَّ فيه القَبضُ.

قال القاضي خانَ رَحِمَهُ اللَّهُ في «زياداته»: المَحُوزةُ: المُفرَّغةُ عن أَملاك الواهِبِ وحُقوقِه، حتى إذا وَهَب لرَجُلٍ ثَمَرًا على رأس الشَّجرِ: لا يَجوزُ.

القَبضُ عِبارةٌ عن الحِيازة باليَد، والحِيازةُ إنَّما تَتحَقَّقُ بالقِسمة؛ لأنَّه عِبارةٌ عن

=لصاحبها، فقضى بذلك طارق، ثم كتب إلى عبد الملك فأخبره بذلك وأخبره بشهادة جابر، فقال عبد الملك: صدق جابر، فأمضى ذلك طارق، فإن ذلك الحائط لبني المعمَر حتى اليوم. انتهى، وأخرجه أبو داود والنسائي عن عروة عن جابر: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «من أعمر عمرى فهي له ولعقبه، يرثها من يرث من عقبه». انتهى. وأخرجه أبو داود عن طارق المكي عن جابر بن عبد الله قال: قضى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في امرأة من الأنصار أعطاها ابنها حديقة من نخل، فماتت، فقال ابنها: إنما أعطيتها حياتها وله إخوة، فقال عَلَيْهِ السَّلَامُ: «هي لها حياتها وموتها»، قال: كنت تصدقت بها عليها، قال: «ذلك أبعد لك منها»... إلخ.

(1) سقطت من (ز).

(2) في (هـ) و(ز): تصريح.

(3) سقطت من (و).

جَمع الأنصِباء في حَيِّز، وهذا لا يَتحقَّقُ إلا بالقِسمة، ولهذا لو اشترَى شِقصَ[1] دارٍ: مَلَكَ مُطالَبَةَ البائِعِ بالقِسمة قبل القَبضِ، ولا حَقَّ له قِبَل البائع[2] بالشِّراء، إلا تَسليمَ ما باعه منه، فثَبَت أنَّه من تَتمَّات القَبضِ، وهذا مَعنى قَولِه: (لِيَصِحَّ فيه القَبضُ).

فإن قيل: المُشاعُ يَحتَمِلُ البَيعَ، فيَحتَمِلُ الهِبَةَ، كالذي لا يَحتَمِلُ القِسمةَ.

قيل: القَبضُ لَمّا كان مَنصوصًا يُراعَى وُجودُه على أكمَل الجِهات، والقَبضُ مع الشُّيوع ثابِتٌ من وَجهٍ دون وَجهٍ؛ لأنَّ القَبضَ عِبارةٌ عن الحِيازة، وهو أن يَصيرَ الشَّيءُ في حَيِّز القابِضِ، والمُشاعُ في حَيِّزه من وَجهٍ دون وَجهٍ؛ لأنَّه في حَيِّز شَريكِه من وَجهٍ، فلا يَكونُ القَبضُ مَوجودًا على الكَمال.

وهِبةُ المُشاعِ فيما لا يَنقَسِمُ جائِزةٌ؛ لأن القَبضَ فيه لا يُتَصَوَّر إلا ناقِصًا.

(**هِبةُ المُشاعِ فيما لا يُقسَمُ جائِزةٌ**) أي فيما لا يَحتَمِلُ القِسمةَ، يعني لا يَبقى مُنتَفَعًا بعد القِسمةِ أصلًا، أوْ لا يَبقى مُنتَفَعًا بعد القِسمةِ من جِنس الانتِفاعِ الذي كان قبل القِسمةِ، كالبَيت الصَّغيرِ، والحَمّام الصَّغيرِ، والذي لا يَبقى مُنتَفَعًا أصلًا، كعَبدٍ واحِدٍ، ودابّةٍ واحِدةٍ.

ونعني من المَقسوم: أن يكونَ مُنتَفَعًا في الحالَين، قبل القِسمةِ وبعدَها، كالأرض، فإنَّها صالِحةٌ للزِّراعة والبِناءِ قبل القِسمةِ، وتَبقى بعد القِسمةِ كذلك.

قَولُه: (**لأنَّ القَبضَ لا يُتصوَّرُ إلا ناقِصًا**) فاكتُفِي بالقَبض القاصِرِ: لأنَّه لا يُتصوَّرُ تَسليمٌ[3] فَوقَه، وفيما يَحتَمِلُ القِسمةَ يُتصوَّرُ تَسليمٌ فَوقَه، فلا يُكتَفى بالقاصِر فيه،

(١) الشِّقص: الجزء من الشيء. «المغرب» ص٢٥٥.

(٢) في (ز): التبايع.

(٣) في (و): تسليمه.

وهذا نَظيرُ خَلوةِ المَجبوبِ على قول أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ[1].

ومَن وَهَب شِقصًا مُشاعًا فيما يُقسَم: فالهِبةُ فاسِدةٌ؛ لقُصور القَبض، فإن قَسَمه وسَلَّمه: يَجوز؛ لتَمام القَبض.

قَولُه: (فالهِبةُ فاسِدةٌ) لأنَّه مَعدومٌ، أراد به: أنَّها باطِلةٌ.

وإنَّما قُلنا بأنَّه مَعدومٌ: لأنَّه لو غَصَب حِنطةً وطَحَنها: يَنقَطِعُ حَقُّ المالِكِ؛ لأنَّ الحادِثَ حَدَث بصُنع الغاصِبِ، وإذا كان الرَّهنُ مَعدومًا: يَكونُ التَّمليكُ مُضافًا إلى المَعدوم، فيَلغو.

وإن وَهَب دَقيقًا في حِنطةٍ، أو دُهنًا في سِمسِمٍ: فالهِبةُ فاسِدةٌ؛ لأنه مَعدومٌ.

فإن طَحَن الحِنطَةَ وعَصَر السِّمسِمَ وسَلَّم إليه: لم يَجُز؛ لأن الأوَّلَ مُضافٌ إلى المَعدوم قطعًا فلغا.

وإذا كانت العَينُ في يَد المَوهوبِ له: مَلَكها بالهِبة، وإن لم يُجَدِّد فيها قَبضًا؛ لأن القَبضَ الواجِبَ بالهبة قَبضُ أمانةٍ، فينوبُ عنها كلُّ قَبضٍ.

(لأنَّ القَبضَ الواجِبَ بالهِبة[2] قَبضُ أمانةٍ...) إلى آخِره: القَبضانِ متى تَجانَسا: ناب أحدُهما مَنابَ الآخَرِ، وإذا اختَلَفا: ناب المَضمونُ عن غير المَضمونِ، ولا يَنوبُ غيرُ المَضمونِ عن المَضمون، كذا في «شَرح الطَّحاويِّ».

---

(١) قال في «البدائع» ٢/ ٢٩٢: وتصح خلوة المجبوب في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: لا تصح. انتهى.

وقال القدوري في «التجريد» ٩/ ٤٧١٧ بعد مسألة: ولهذا نقول: إن خلوة المجبوب صحيحة، لأنه لا يوجد في عقد أزيد من هذا التسليم.

(٢) في (و): في الهبة.

وهذا ليس بمُجرًى على إطلاقه؛ فإنَّه إذا كان مَضمونًا بغيره[1] -كالمبيع[2] والمَرهونِ-: لا يَنوبُ عن القَبض الواجِبِ بالهِبة، فلا بُدَّ من قَبضٍ جَديدٍ، نَصَّ عليه أبو نَصرٍ في «شَرحه»[3].

وتَفسيرُ القَبضِ المُستأنَفِ: أن يَرجِعَ إلى المَوضِع الذي فيه العَينُ، ويَمضِيَ وَقتٌ يَتمكَّنُ فيه من قبضها.

وإذا وَهَب الأَبُ لابنه الصَّغيرِ هِبةً: مَلَكها الابنُ بالعَقد؛ لأن قَبضَ الأبِ قَبضُ الابن.

وإن وَهَب له أَجنَبيٌّ هِبةً: تَمَّت بقَبض الأَب.

قَولُه: (تَمَّت بقَبض الأب) لأنَّه يَملِكُ عليه الدَّائِرَ[4] بين النَّافِعِ والضَّارِّ، فأَولى أن يَملِكَ النَّافِعَ المَحضَ.

وإذا وُهِب لليَتيم هِبةٌ فقَبَضها وَلِيُّه له: جاز.

وإن كان في حِجْر أُمِّه فقَبَضَتها له: يجوز.

وكذلك لو كان في حِجْر أجنبِيٍّ يُرَبِّيه فقَبَضه له.

فُلانٌ في حِجر فُلانٍ: أي كَنَفِه وتَربيتِه.

---

(١) في (ز): لغيره.

(٢) في (هـ) و(ز): كالبيع.

(٣) ومثله في الزاهدي، فلو باع من المودع احتاج إلى قبض جديد، وتمامه في العمادي. قهستاني. «رد المحتار» ٥/ ٦٩٤.

(٤) سقطت من (هـ).

وإن قَبَض الصَّبيُّ الهِبةَ بنَفسه: يَجوز؛ لأنه تَصَرُّفٌ نافِعٌ مَحْضٌ، فيَملِكُه كلُّ واحِدٌ يَصلُحُ قابِضًا له.

(وإن قَبَض الصَّبِيُّ) يُريدُ به إذا كان عاقِلًا، والمُرادُ من الهِبة: المَوهوبُ، ومن المَوهوب: ما قَرُب إليه.

قَولُه: (فيَملِكُه كلُّ واحِدٌ يَصلُحُ قابِضًا له) أمّا الأبُ والوليُّ: فظاهِرٌ، وكذا الأُمُّ والأجنبيُّ؛ لأنَّ لهم وِلايةَ الحِفظِ، وقَبولَ الهِبةِ له، وقَبضُه من باب الحِفظِ؛ لأنَّه لا يَحصُلُ ذلك إلا بضَرب وِلايةٍ في كَسبه؛ لأنَّه لا يَبقى عادةً إلا بقُوتٍ ومَلبوسٍ، فلا بُدَّ من أن يكونَ بسَبيلٍ من التَّحصيل في حَقِّه، فصار ذلك من ضَرورات الحِفظِ.

وإنَّما يَصِحُّ قَبضُ هؤلاء: إذا كان في عِيالهم.

وإذا وَهَب اثنانِ من واحِدٍ دارًا يَجوز؛ لأن القابِضَ واحِدٌ.

قَولُه: (لأنَّ القابِضَ واحِدٌ) أي إنَّهما سَلَّماها إليه جُملةً، وهو قد قَبَض جُملةً؛ بِناءً على تَسليمها، فلا يَدخُلُ فيه الشُّيوعُ.

وإن وَهَب واحِدٌ من اثنَين: لم يَصِحَّ عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.
وقالا: يَصِحُّ؛ لأنهما يَقبِضان بمَرّةٍ.

قَولُه: (لأنهما يَقبِضان بمَرّةٍ) أي إنَّ هذا تَمليكٌ حَصَل في كلِّ ذلك[1] الشَّيءِ منهما تَمليكًا واحِدًا، إلا أنَّ هذا تَمليكُ البَعضِ من هذا، والبَعضِ من ذلك؛ لأنّا لو جَعَلنا كذلك: لكان هذا تَمليكَين.

وقَضيّةُ إضافةِ العَقدِ إليهما إضافةً واحِدةً: أن يَكونَ تَمليكًا واحِدًا، فيَثبُت أنَّ

(١) في (و): هذا.

هذه هِبةُ[1] الجُملةِ منهما، وهما قد قَبَضاها جُملةً، فلا يَدخُلُ فيه الشُّيوعُ، ألا ترى أنَّ من رَهَن دارَه من رَجُلَين صَحَّ، ولو دَخَل فيه الشُّيوعُ لَما صَحَّ!

ولأبي حنيفة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: أن لكُلِّ واحِدٍ جُزءًا مُشاعًا، والقَبضُ في المُشاع لا يَتحقَّق.

(ولأبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللهُ: أنَّ لكُلِّ واحِدٍ منهما جُزءًا مُشاعًا، والقَبضُ في المُشاع لا يَتحقَّقُ) وهذا لأنَّ المِلكَ ثَبَت[2] على الشُّيوع بالإجماع، في النِّصف لهذا، وفي النِّصف لذلك، والقَبضُ لا يَتحقَّقُ في المُشاع.

وهذا لأنَّه لَمّا ثَبت أنَّ المِلكَ حَصَل لهما على الشُّيوع: ثَبَت أنَّ التَّمليكَ وَقَع على الشُّيوع؛ إذ المِلكُ من حُكم التَّمليكِ، ومتى حَكَمنا بثُبوت المِلكِ في النِّصف لهذا والنِّصف لذاك: دَلَّ أنَّ هذا تَمليكُ النِّصفِ من هذا وتَمليكُ النِّصف من ذلك.

بخِلاف الرَّهنِ؛ فإنَّ حُكمَه ما ثَبَت على المُناصَفة، بل ثَبَت على سَبيل الكَمالِ في حَقِّ كلِّ واحِدٍ منهما؛ فإنَّ حُكمَ الرَّهنِ مِلكُ الحَبسِ، ويُتصوَّرُ أن يَكونَ العَينُ الواحِدُ مَحبوسًا بحَقِّ هذا على الكَمال، وبحَقِّ هذا على الكَمال؛ إذ لا تَضايُقَ في الحَبس، بخِلاف مِلكِ العَينِ.

ولا يَلزَمُ أبا حنيفةَ رَحِمَهُ اللهُ أنَّ إجارةَ نِصفِ الدَّارِ باطِلةٌ، وإجارةَ الدَّارِ من رَجُلَين جائِزةٌ: لأنَّ فَسادَها[3] في النِّصف؛ لأنَّ النِّصفَ شائِعًا[4] لا مَنفَعةَ له، وإذا أُجِّر جُملةً:

(١) في (و): هيئة، والمثبت من (ز).

(٢) في (هـ): وهذا الجنس ثبت.

(٣) في (و): فسادهما.

(٤) في (هـ): شائع.

كانت المَنفَعةُ قائِمةً، ثم لا تَنعَدِمُ بالشُّيوع في مِلك المُستأجِرين؛ لأنَّه يَرتَفِعُ بالقِسمة، وإذا أُجِّر النِّصفُ فلا مَنفعةَ له، وإنَّما تُؤخَذ بالقِسمة، والقِسمةُ لا تَجِبُ مع المُستأجِر إلا بعد مِلكِه، ولا مِلكَ إلا بعد صِحّةِ العَقدِ، ولا صِحّةَ للعَقد إلا بعد قِيامِ المَنفَعةِ من حين العَقدِ، ولا قِيامَ حالَ الشُّيوعِ.

فصلٌ ﴿في الرجوع عن الهبة﴾

فصلٌ

وإذا وَهَب هِبةً لأجنبيٍّ فله الرُّجوع فيها؛ لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «الواهِبُ أَحَقُّ بهِبته ما لم يُثَب منها»(١).

«الواهِبُ أَحَقُّ بهبَته ما لم يُثَب منها»: أي لم يُعوَّض، ولم يُرِد به قبل القَبضِ؛ لأنَّه أَطلق اسمَ الهِبةِ على المال، وذا لا يَكونُ قبلَه، ولأنَّه جَعَله أحَقَّ بها، فهذا يَقتَضي أن يكونَ لغيره فيه حَقٌّ، وذلك إنَّما(٢) يكونُ بعد القَبض.

ولأنَّه لو كان كذلك: لخَلا قَولُه: «ما لم يُثَب منها» عن الفائِدة؛ إذ هو أَحَقُّ(٣)، وإن شَرَط العِوضَ قِبَلَه.

المَشايِخُ رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ جَمَعوا الموانِعَ في قَوله(٤):

---

(١) رواه ابن ماجه (٢٣٨٧)، والدارقطني (٢٩٧١)، والبيهقي (١٢٠٢٤)، وانظر «نصب الراية» ١٢٥/٤.

(٢) في (هـ): لا.

(٣) في (هـ) و(و): هو حق.

(٤) قائله الإمام شمس الأئمة الكردري رحمه الله تعالى، كما نص عليه صاحب «المنافع في فوائد=

ومانِعٌ مِــنَ[1] الرُّجــوعِ في الهِبَةْ   يا صاحِبِي حُروفُ: (دَمْعُ خَزَقَةْ)

فالدَّالُ: الزِّيادةُ، والميمُ: مَوتُ الواهِبِ أو المَوهوبِ له، والعَينُ: العِوَضُ، والخاءُ: الخُروجُ عن مِلك المَوهوبِ له، والزَّايُ: الزَّوجيّةُ، والقافُ: القَرابةُ، والهاءُ: هَلاكُ المَوهوبِ.

في[2] بعضها لَزِم[3] لحُصول[4] المَقصود، وفي بعضها لَزِم ضَرورةَ تَعذُّرِ الرُّجوعِ.

إلا أن يُعَوِّضَه؛ لوُجود الثَّواب.

ثم ذَكَر بعضَ المَوانِعِ في الكِتاب فقال:

(**إلا أن يُعوِّضَه؛ لوُجود الثَّوابِ**) والشَّرعُ جَعَل وِلايةَ الرُّجوعِ عند عدَمِه حيث قال: «ما لم يُثَب منها».

أو يَزيدَ زِيادةً مُتَّصِلةً؛ لأنه يَصيرُ رِبًا.

(**أو يَزيدَ زِيادةً مُتَّصِلةً**) أراد به الزِّيادة في العَين، كالسِّمَن والجَمالِ، لا الزِّيادةَ في السِّعر؛ لأنَّها ليست بزِيادةٍ حَقيقةً، إنَّما هي زِيادةُ رَغبَةِ النَّاسِ.

قَولُه: (**لأنَّه يَصيرُ رِبًا**) أي إنَّه لو رَجَع لرَجَع مع الزِّيادة أوْ لا مَعَها..

لا يَجوزُ الأوَّلُ؛ لأنَّه يَصيرُ ربًا؛ لأنَّ الزِّيادةَ لم تَدخُل تحت العَقدِ، فلو رَجَع فيها لأخَذ مالَ الغَيرِ من غير أن يُقابِلَه عِوَضٌ، وإنَّه رِبًا، بخِلاف الزِّيادةِ المُنفَصِلةِ كالوَلَد؛

=النافع»، ولم أر أحدا عرف صاحبه أو نسبه إليه سواه، فجزاه الله تعالى وجزى الفقهاء خير الجزاء..

(١) في (و): عنه، وفي (ز): عن.

(٢) في (و): وفي.

(٣) أي المنع عن الرجوع في الهبة.

(٤) في (و): بحصول.

لأنَّ الرُّجوعَ في الأصل مُمكِنٌ بدون الزِّيادةِ.

ولا وَجه إلى الثّاني؛ لعَدَم الإمكانِ.

أو يَموتَ أحدُ المُتَعاقِدَينِ.

أو تَخرُجَ الهِبةُ من مِلك المَوهوبِ له؛ لأنه يُؤَدّي إلى الإضرار بذلك الغَير.

قَولُه: (لأَنَّه يُؤدِّي إلى الإضرار بذلك الغَيرِ) لأَنَّه حَصَل بتَسليطه، فلو مَلَك الرُّجوعَ لتَضرَّر الثَّالِثُ به.

وهذا يَصلُحُ دَليلًا لمَوت أحَدِ المُتعاقِدَين أيضًا؛ لأنَّ بمَوت المَوهوبِ له يَنتَقِلُ المِلكُ إلى الوَرَثة، فصار مَملوكًا لهم كسائِر أملاكِ المُورِّثِ، وفي الرُّجوع إبطالُ مِلكِهم، وكذا بمَوت الواهِبِ؛ لأَنَّه ربَّما يَكونُ غَرَضُه إظهارَ الجُودِ، ورُجوعُ الوارِثِ يُبطِلُ عليه ذلك.

وإن وَهَب هِبةً لذي رَحِمٍ مَحرَمٍ منه: فلا رُجوعَ فيها؛ لأن المَقصودَ حاصِلٌ، وهو صِلَةُ الرَّحِم، بخِلاف الأجنبيّ؛ لأن المَقصودَ منه عِوَضٌ.

قَولُه: (لأنَّ المَقصودَ حاصِلٌ) لأنَّ المَقصودَ منه فيما بين الأقرِباء صِلةُ الرَّحِمِ، وكُلُّ عقدٍ أفاد مَقصودَه يَلزَمُ، بخِلاف الأجنبيِّ؛ لأنَّ المَقصودَ منه العِوَضُ.

وقال الشافعيُّ في هبة الأجنَبيّ: لا رُجوعَ، وفي هبة القَريبِ الرُّجوعُ.

احتَجَّ الشَّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ بقَوله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا يَرجِعُ الواهِبُ في هِبَته، إلا فيما يَهَبُ الوالِدُ لوَلَده»(١).

(١) رواه أبو داود (٣٥٣٩)، والترمذي (٢١٣٢)، والنسائي (٣٦٩٠)، وابن ماجه (٢٣٧٧)، بألفاظ متقاربة. فلفظ أبي داود: «لا يحل لرجل أن يعطي عطية أو يهب هبة فيرجع فيها، إلا الوالد=

ونحن نقولُ: أراد به نَفيَ استِبدادِ[1] الرُّجوعِ، فإنَّ عندنا ليس له أن يَرجِعَ فيه، ولكن له حَقُّ المُطالَبةِ إلى القاضي ليَأمُرَه بالرَّدِّ عليه، إلا الوالِدَ؛ فإنَّه يَحِلُّ له الأخذُ بدون الرِّضا إذا احتاج إليه، وذلك يُسَمَّى رُجوعًا.

والفِقهُ لنا في المَسألة: أنَّ هذا تَصرُّفٌ يَحتَمِلُ الفَسخَ، فوَجَب أن يُفسَخ عند عَدَمِ حُصولِ مَقصودِ العاقِد، كالبَيع وغيرِه، وهذا لأنَّ العاقِدَ متى عَقَده بغَرَضٍ لو أَلزَمناه من غير حُصولِ غَرَضِه: أدَّى إلى إلزام شيءٍ لم يَلتَزِمه، وهذا باطِلٌ.

وهذا لأنَّ غَرَضَه المُكافأةُ بالمال، شَرعًا وعُرفًا، قال صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ: «الأيادي قُروضٌ»[2]، وقال: «تَهادَوا تَحابُّوا»[3].

=فيما يعطي ولده، ومثل الذي يعطي العطية ثم يرجع فيها: كمثل الكلب يأكل، فإذا شبع قاء ثم عاد في قيئه».

ولفظ الترمذي والنسائي وابن ماجه: «لا يحل للرجل أن يعطي عطية ثم يرجع فيها، إلا الوالد فيما يعطي ولده، ومثل الذي يعطي العطية ثم يرجع فيها: كمثل الكلب أكل حتى إذا شبع قاء، ثم عاد في قيئه».

(١) استبد بالأمر: انفرد به من غير مشارك له فيه. «المصباح» ١/ ٣٨.

(٢) لم أقف عليه، وذكره المصنف في «الكافي» ٨/ ٢٣٥ مثلًا، ولم ينسبه حديثًا، وهو ما عليه كثير من الكتب. وهو مثل يضرب في المكافأة ومقابلة الإحسان بمثله. «معجم اللغة العربية المعاصرة» ٣/ ١٧٩٩.

(٣) رواه البخاري في «الأدب المفرد» (٥٩٤)، والبيهقي (١١٩٤٦).

ورواه الطبراني في «الأوسط» (٧٢٤٠) ولفظه كاملًا: «تهادوا تحابوا، وهاجروا تورثوا أولادكم مجدًا، وأقيلوا الكرام عثراتهم».

ورواه الإمام مالك في «الموطأ» ٢/ ٩٠٨ ولفظه كاملًا: «تصافحوا يذهب الغل، وتهادوا تحابوا وتذهب الشحناء».

ولأنَّ الغَرَضَ الأصليَّ ما يَنعَدِمُ به ضَرَرُ تصرُّفِه، وذلك بالمُكافأة بالمال، دون حُسنِ الصِّيتِ والتَّودُّدِ.

ولأنَّ هذا يَجوزُ[1] أن يكون غَرَضًا، فمتى ادَّعاه أنَّه غَرَضُه: قُبِل قَولُه في دَفع لُزومِ العَقدِ، كمن اشتَرى عَبدًا فوَجَد به عَيبًا: له أن يَرجِعَ بالثَّمن؛ لأنَّ الظَّاهِرَ أنَّ غَرَضَه سلامةُ المَبيعِ، فمَتى لم يَحصُل: استَحَقَّ الرُّجوعَ إلى أصل حَقِّه، كذا هنا.

وما وَهَبَ أحدُ الزَّوجين للآخَر لا رُجوعَ فيه؛ لحصول المَقصودِ، وهو صِلَةُ الرَّحِم.

قَولُه: (لحُصول المَقصودِ، وهو الصِّلةُ) لأنَّ ما بينهما من الزَّوجيّة نَظيرُ القَرابةِ، بدَليل جَرَيانِ التَّوارُثِ من الجانبَين من غير حَجْبٍ، وعَدَمِ قَبولِ الشَّهادةِ، وغيرِهما[2].

وإذا قال المَوهوبُ له للواهِب: (خُذ هذا عِوَضًا عن هِبَتك -أو بَدلًا عنها، أو في مُقابَلَتها-) فقَبَضه الواهِب: سَقَط الرُّجوع؛ لوجود التَّعويضِ عنه.

(وإذا قال المَوهوبُ له للواهِب: خُذ هذا عِوَضًا عن هِبَتك...) إلى آخِره:

اعلَم أنَّه إنَّما يَصيرُ عِوَضًا إذا نَصَّ عليه وقال: (خُذ هذا عِوَضًا عن هِبَتك)، حتى لو وَهَب المَوهوبُ له للواهِب شيئًا ولم يَقُل: (هذا عِوَضٌ عن هبَتك): فللواهِب أن يَرجِعَ في هِبَته؛ لأنَّ التَّمليكَ المُطلَقَ يَحتَمِلُ الابتِداءَ[3]، ويَحتَمِلُ المُجازاةَ، ولا يَبطُلُ حَقُّ الرُّجوعِ بالشَّكِّ.

وإن عَوَّضَه أجنَبِيٌّ عن المَوهوب له مُتبرِّعًا وقَبَض العِوَض[4]: سَقَط الرُّجوعُ؛

---

(١) في (هـ): لا يجوز.

(٢) كعدم جواز دفع زكاة الرجل لزوجته.

(٣) في (ز): الأخذ.

(٤) في نسخة في (ب): وقبض الواهب العوض.

لأنه عِوَضٌ عنه في حقِّ الواهِب.

التَّعويضُ تَبرُّعٌ لغَرَضٍ، وهو إسقاطُ حَقِّ الرُّجوعِ للأوَّل، فيَصِحُّ من الأجنبيِّ كما يَصِحُّ من المَوهوب له، كالخُلع والصُّلحِ عن دَم العَمدِ: لَمَّا كان فيه بَدَلُ مالٍ لعِوَضٍ -وهو إسقاطُ حَقٍّ-: صَحَّ من الأجنبيِّ كما صَحَّ ممّن عليه الحَقُّ[1].

وإذا استُحِقَّ نِصفُ الهِبة: رَجَع بِنِصف العِوَض؛ لأنه عِوَضٌ عنه كما في البَيع.

وإن استُحِقَّ نِصفُ العِوَض: لم يَرجع بِنِصف الهِبةِ إلا أن يَرُدَّ ما بَقِي من العِوَض، ثم يَرجِعَ؛ لأن العِوَض وإن قَلَّ يَصلُحُ عِوَضًا، إلا أن له أن يَرُدَّ الباقيَ لأنه لم يَرضَ إلا أن يكون كُلُّه عِوَضًا.

قَولُه: (لأنَّ العِوَضَ وإن قَلَّ يَصلُحُ عِوَضًا) لأنَّ الواهِبَ لم يُرِد هذا العِوَضَ المُعيَّنَ، إنَّما أراد مُطلَقَ العِوَضِ، وقد وُجِد، بخِلاف ما إذا استُحِقَّ نِصفُ الهِبةِ؛ لأنَّ المَوهوبَ له ما أدَّى العِوَضَ إلا في مُقابَلة كلِّ الهِبةِ.

(لأنَّه لم يَرضَ إلا وأن يكونَ كلُّه عِوَضًا) أي لم يَرضَ بسُقوط حَقِّ الرُّجوعِ إلا وأن يكونَ كلُّه عِوَضًا، ولم يَسلَم، فله أن يَرُدَّ هذا النِّصفَ ويَرجِعَ إن شاء.

ولا يَصِحُّ الرُّجوعُ إلا بتَراضيهِما، أو بحُكم الحاكِم؛ لأنَّ المِلكَ ثَبَت للمَوهوب له، ولهذا لو كانت جارِيةً يَحِلُّ له وَطئُها: لا يَجوزُ إبطالُ مِلكِه إلا بالقَضاء أو بالرِّضاء.

(ولا يَصِحُّ الرُّجوعُ إلا بتَراضيهما...) إلى آخِره: لأنَّ الرُّجوعَ فَسخُ العَقدِ، فلا يَصِحُّ ذلك إلا مِمّن له وِلايةٌ على العاقِد، وهو القاضي، ويَصِحُّ ذلك أيضًا بالتَّراضي؛ لأنَّ لهما وِلايةً على أنفُسهما.

---

(١) في (ز): الخلع.

والفِقهُ فيهُ: أنَّ الرُّجوعَ مُختلَفٌ بين العُلَماء، وفي أصله وَهاءٌ[1]؛ لأنَّه[2] يَثبُتُ على خِلاف القِياسِ، وفي حُصول المَقصودِ وعَدَمِه خَفاءٌ، فلا بُدَّ من الفَصل بالرِّضا والقَضاءِ.

وإذا تَلِفت العَينُ المَوهوبةُ واستَحَقَّها مُستَحِقٌّ، فضَمِن المَوهوبُ له: لم يَرجِع على الواهِب بشيءٍ إذا لم يُعَوِّضه؛ لأن الواهِبَ لم يَلتَزِم عِوَضًا ولا ضَمانًا ظاهِرًا؛ لأنه لم يَحصُل له عِوَضٌ عن هذا المال، بخِلاف البائِع.

قَولُه[3]: (لم يَلتَزِم عِوَضًا) أي إذا كان له مِثلٌ.

(ولا ضَمانًا) أي إذا لم يَكُن له مِثلٌ.

بخِلاف ما إذا باع عَبدًا واستُحِقَّ[4]؛ فإنَّه يَضمَنُ العِوَضَ للمُشتَري؛ لأنَّ الغُرورَ في ضِمن عَقدِ المُعاوَضةِ سَبَبُ الرُّجوعِ، لا في غيره.

وإذا وَهَب بشَرط العِوَض: اعتُبِر التَّقابُضُ في العِوضَين؛ عَمَلًا باسم الهِبة، فتكونُ هِبةً ابتِداءً، بَيعًا انتِهاءً؛ لوُجود المُعاوَضة.

فإذا تَقابَضا: صَحَّ العَقد، وصار في حُكم البَيع، يُرَدُّ بالعَيب وخِيارِ الرُّؤية، وتَجِبُ فيه الشُّفعةُ؛ عَملًا بحَقيقة المُعاوَضة.

---

(١) قال في «المغرب» ص٤٩٩: الوهاء بالمد خطأ، وإنما هو الوَهْي، مصدر وَهى الحبل يَهِي وَهْيًا: إذا ضعف، ومنه: إذا أصاب السهم الشجر وهى عنها يمينًا وشمالًا، أي ضعف بإصابته الشجر فانحرف عنها، أي عن الشجر. انتهى.

(٢) في (و): لا.

(٣) سقطت من (هـ).

(٤) في (و): أو استحق.

قَولُه: (وإذا وَهَب بشَرط العِوَضِ) صُورَتُه أن يَقولَ: (وَهبتُ هذا العَبدَ لك على أن تُعوِّضَني هذا الثَّوبَ): فيَكونُ هِبةً ابتِداءً، حتى يَتوقَّفُ الحُكمُ على وُجود القَبضِ فيهما، ولا يَصِحُّ في الشَّائع.

وأجمَعوا أنه لو قال: (وَهبتُ هذا لك بكذا) أنَّه بَيعٌ.

واعلَم أنَّ هذا العَقدَ اشتَمَل على الهِبة والبَيعِ؛ فإنَّه هِبةٌ اسمًا، بَيعٌ مَعنًى؛ بالنَّظر إلى مُبادَلة المالِ بالمال على سَبيل التَّراضي.

فزُفَرُ والشَّافعيُّ رَحِمَهُمَااللَّهُ رَجَّحا المَعنى على الصُّورة؛ لأنَّ المَعانِيَ هي المُعتبَرةُ، حتى كانت الكَفالةُ بشَرط بَراءةِ الأصيلِ حَوالةً، والحَوالةُ بشَرط عَدَمِ بَراءةِ الأصيلِ كَفالةً.

ونحن جَمَعنا بينهما؛ لأنَّ الأصلَ في التَّعارُض الجَمعُ إذا أمكنَ، ثُم التَّرجيحُ، وقد أمكنَ الجَمعُ، فيُعمَل بهما، فلهذا يُشتَرَط التَّقابُض، ويَبطُلُ بالشُّيوع، ويَثبُتُ خِيارُ الرُّؤيةِ والعَيبِ، والشُّفعةُ.

والعُمْرى جائِزةٌ للمُعمَر في حَياته ولوَرَثَته من بَعده؛ لأنهم كانوا يَهبُونَ ويَقولون: (أعمَرتُك هذه الدار)، يَعنونَ به أن هذه الدَّارَ لك عُمُرَك، فإذا مِتَّ فهي لنا[1]، فالنَّبيُّ عَلَيْهِ السَّلَامُ أجاز العُمْرى وأَبطَل شَرطَ المُعمِر[2].

والرُّقبى باطِلةٌ عند أبي حنيفة ومحمد رَحِمَهُمَااللَّهُ، وهو أن يَقول: (أَرقَبتُك هذه الدَّارَ)؛ لأنه يَحتَمِلُ الإعارةَ ويَحتَمِلُ الهِبة.

---

(١) انظر رواية مسلم (١٦٢٥).

(٢) تقدم تخريجه.

الاختِلافُ في الرُّقبى راجعٌ إلى الاختِلاف في تَفسير هذه الكَلِمةِ..

فحَمَل أبو يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ على أنَّه تَمليكٌ للحال، والرُّجوعُ إلى الواهِب مُنتَظَرٌ؛ لأنَّ مَعنى قَولِه: (داري لك رُقبى) أي مَلَّكتُك داري، وأُراقِبُ مَوتَك؛ لتَعودَ إليَّ، فتكونُ بمَنزلة العُمرى في الانتِظار.

وحَمَل أبو حنيفةَ ومحمدٌ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ على أنَّ المُراقَبة في نَفس التَّمليك، فيَصيرُ مَعناهُ: إن مِتُّ قبلَك فهي لك، فيَكونُ تَعليقًا للتَّمليك بالخَطَر، فيَكونُ قِمارًا.

قَولُه: (لأنَّه يَحتَمِلُ[1] الإعارةَ، ويَحتَمِلُ الهِبةَ) أي يَكونُ إعارةً لو كان كَما قالا، ويَكونُ هِبةً لو كان كما قال أبو يوسُفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، فلا يُحمَل على الهِبة بالشَّكِّ، لكنَّه يُحمَل على العارِيّة عندهما؛ لأنَّه مُتيقَّنٌ به.

ومَن وَهَب جارِيةً إلا حَمْلَها: صَحَّت الهِبةُ وبَطَل الاستِثناءُ؛ لأن الحَمْلَ جُزءٌ منها، فلا يَجوزُ الاستِثناءُ، بَقِي شَرطًا فاسِدًا في الهِبة، والهِبةُ لا تَبطُلُ بالشُّروط الفاسِدة، كما في شَرطِ المُعمِر.

الأصلُ أنَّ ما لا يَصِحُّ إفرادُه بالعَقد لا يَصِحُّ استِثناؤُه من العَقد.

والهِبةُ لا تَعمَلُ في الحَمْل؛ لكَونه جُزءًا منها حَقيقةً وحُكمًا، ولهذا يَتحرَّك بتَحرُّكها، ويَسكُنُ بسُكونها.

وهو مُتَّصِلٌ بها اتِّصالَ خِلقةٍ، ويَدخُلُ في بَيعها، وإعتاقِها، ووَصيَّتِها.. بدون الذِّكر، فلا يَجوزُ الاستِثناءُ؛ لأنَّ الاستِثناءَ في الأطراف والأجزاءِ لا يَتحَقَّقُ؛ لأنَّ الدَّليلَ المُستَتبِع قائِمٌ، ولأنَّ الاستِثناءَ تَصرُّفٌ في اللَّفظ، فلا يَعمَلُ إلا في المَلفوظ.

---

(١) في (هـ): لا يحتمل.

والحَملُ بمَنزلة أجزائِها، فيَكونُ في حُكم الأوصافِ، واللّفظُ يَرِدُ على الذّات لا على الأوصاف، فلا يَصِحُّ استِثناؤُه؛ لأنّه ليس بمَلفوظٍ، وإذا لم يُمكِن تَصحيحُه استِثناءً: يَبقى شَرطًا فاسِدًا؛ لأنّه على خِلاف مُقتَضى العَقدِ؛ لأنّ العَقدَ يَقتَضي دُخولَ جَميعِ الأوصافِ، وهذا يَقتَضي خِلافَه.

ويَحتَمِلُ أن يكونَ مَعنى قَولِه: (بَقِي شَرطًا فاسِدًا) أنّه لَمّا استَثنى يَبقى الوَلَدُ على مِلكه وفي يده، فتكونُ الجارِيةُ مُتّصِلةً بشيءٍ في يَده، فلا يَتحَقّقُ التّسليمُ فيها.

والهِبةُ لا تَبطُلُ بالشُّروط الفاسِدةِ؛ لأنّ النّبيّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أجاز العُمرَى وأَبطَل شَرطَ المُعمِر، فعَلِمنا أنّها لا تَبطُلُ بالشُّروط الفاسِدةِ؛ لأنّ شَرطَ المُعمِرِ شَرطٌ فاسِدٌ لا يَقتَضيه العَقدُ.

ولأنّ الشّرطَ الفاسِدَ في مَعنى الرِّبا، فيَعمَلُ في المُعاوَضات دون التّبرُّعات.

فصلٌ «في أحكام الصّدقة»

فصلٌ

والصَّدقةُ كالهِبة لا تَصِحُّ إلا بالقَبض؛ لأنه تَمليكٌ مُقتَصِرٌ، فيَصِحُّ بشَرط القَبض.

ولا تَجوزُ في مُشاعٍ يَحتَمِلُ القِسمةَ.

(لأنَّه تَمليكٌ مُقتَصِرٌ) أي قاصِرٌ لا يَتِمُّ بمُجرَّد العَقدِ، بخِلاف البَيعِ، أو أنَّه تَمليكٌ من جانِبٍ واحِدٍ، بخلاف البَيع.

وإذا(١) تَصَدَّق على فَقيرين بشَيءٍ يَجوز.

(وإذا تَصَدَّق على فَقيرَين بشيءٍ: يَجوزُ) لأنَّ الصَّدَقةَ يُرادُ بها التَّمليكُ من الله تعالى، والفَقيرُ نائِبٌ عنه، وهو واحِدٌ لا شَريكَ له، فلا يَدخُلُ فيه الشُّيوعُ.

ولا يَصِحُّ الرُّجوعُ في الصَّدقة بعد القَبض؛ لأن المَقصودَ هو الثَّوابُ، وقد حَصَل.

ومَن نَذَر أن يَتَصَدَّقَ بماله: لَزِمه أن يَتصَدَّق بجِنس ما تَجِبُ فيه الزَّكاةُ؛ اعتِبارًا بإيجاب اللهِ تعالى.

ومَن نَذَر أن يَتَصَدَّقَ بمِلكه: لَزِمه أن يَتَصَدَّقَ بالجَميع، ويُقال له: (أَمسِك منه ما تُنفِقُه على نَفسك وعِيالِكَ إلى أن تكتَسِبَ مالًا)، فإذا اكتَسب مالًا: تَصَدَّق بمثل

---

(١) في (ب): فإذا.

ما أَمسَك؛ لأن اسمَ المِلكِ شامِلٌ للكُلّ، فأما اسْمُ المال مَقرونًا بالتَّصدُّق: يُفهَم منه أَموالُ الزَّكاة، كما في قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «هاتُوا رُبُعَ عُشورِ أَموالِكُم»(١).

إيجابُ العَبدِ(٢) مُعتبَرٌ بإيجاب اللهِ تعالى؛ لأنَّه اقتِداءٌ، ولهذا لا يَجوزُ إيجابُ شيءٍ ليس من جِنسه مَشروعًا، وإيجابُ اللهِ تعالى الزَّكاةَ تَنصَرِفُ إلى الفُضول، كذا هنا، ولم نَجِد في الشَّرعِ(٣) إضافةَ الصَّدَقةَ(٤) إلى المِلك، والمُرادُ به مالُ الزَّكاةِ، فقُلنا: إنَّه يَعُمُّ.

❁❁❁

ذَكَر الغَصبَ وإنَّه سَبَبٌ للمِلك عند أداء الضَّمانِ، ثم ذَكَر الوَديعةَ؛ استِطرادًا، أو لأَنه إذا خان يَصيرُ غاصِبًا، ثم العارِيّةَ؛ لأَنَّه سَبَبٌ لمِلك المَنفَعةِ، ثم الاصطِيادَ؛ لأنَّه سَبَبٌ للمِلك أيضًا، ثم الشِّرْكةَ؛ لأنَّه سَبَبٌ لمِلك الرِّبحِ في المال، ثم الوَقفَ؛ لأنَّه سَبَبٌ لمِلك المَنفَعةِ، ثم الهِبةَ؛ لأنَّه سَبَبٌ لمِلك العَين والمَنفَعةِ، ثم البَيعَ كذلك.

ثم انظُر إلى حُسن(٥) التَّرتيبِ! فإنَّه بَدَأ بالغَصب وإنَّه مُعاوَضةٌ، وخَتَم(٦) بالبَيع الذي هو مُعاوَضةٌ صورةً ومَعنًى، وذَكَر فيما بينهما التَّبرُّعاتِ، وذَكَر بعد البَيعِ ما هو مُلحَقٌ به، كالشُّفعة، والقِسمةِ، والإجارات.

(١) رواه بلفظ قريب: الإمام أحمد (١٠٩٧)، وأبو داود (١٥٧٢)، وابن ماجه (١٧٩٠).

(٢) في (و): العقد.

(٣) في (ز): الشرائع.

(٤) في (و): العقد.

(٥) في (هـ): آخر، وفي (ز): جنس.

(٦) في (ز): بالغصب معنى وختم.

كتابُ البُيوع (١)

كتابُ البُيوع

البُيوعُ: جَمعُ بَيعٍ، بمَعنى مَبيعٍ، كضَرْب الأميرِ.

والمَبيعاتُ أصنافٌ مُختَلِفةٌ، وأجناسٌ مُتفاوِتةٌ، أو جَمَع المَصدَرَ لاختِلاف أنواعِه، أو أريد به الحاصِلُ بالمَصدر(٢)، كعُلومٍ في جَمع عِلمٍ.

ثم البَيعُ في الغالِب يَقَعُ على إخراج المَبيعِ عن المِلك قَصدًا، ويُستَعمَلُ في الشِّراء أيضًا(٣)، وكذا الشِّراء في الغالب يَقَعُ على إخراج الثَّمَنِ عن المِلك قَصدًا، ويُستَعمَل في البَيع أيضًا.

قال فخرُ الإسلامِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: البَيعُ في اللُّغة: عِبارةٌ عن تَمليك المالِ بالمال، وفي الشَّرعِ هكذا(٤)، وكذا الشِّراءُ، والاشتِراءُ، والابتياعُ.

---

(١) في (ز): بسم الله الرحمن الرحيم كتاب البيوع.

(٢) تقدم أول الكتاب الفرق بين المصدر والحاصل بالمصدر.

(٣) فهو من الأضداد.

(٤) في (ز): هذا.

ثم البَيعُ لا يَنعَقِدُ إلا بصُدور رُكنِه من أهله، مُضافًا إلى مَحلٍّ[1] قابِلٍ لحُكمه، كسائِر العُقودِ في الشَّرع.

وهذا كما في الحِسِّيات: فإنَّه يُحتاج في اتِّخاذ السَّريرِ إلى النَّجّار، وهو مِثلُ العاقِدِ في مَسألَتنا، وإلى الآلة، وهو مِثلُ قَولِه: بعتُ واشتَريتُ، وإلى النَّجْر، وهو مثلُ إخراجِ هذا القَولِ على سَبيل الإنشاءِ، وإلى المَحَلِّ، وهو المَبيعُ في صُورَتنا.

وهذا مَعنى قَولِ أهلِ الحِكمةِ: إنَّ العِلّةَ على أربعة أقسامٍ: آليّةٌ كالفأس، ومَحلّيّةٌ كالخَشَب، وفاعِليّةٌ كالنَّجّار، وحالِيّةٌ كالنَّجر.

وعلى هذا تُخرَّجُ مسائِلُ البُيوعِ وغيرِها من العُقود، عند دُخولِ المُفسِد من حيث الأهلُ[2]، أو من حيث المَحَلِّ، أو غيرُه.

فإنَّ بذلك يَختَلِفُ الأمرُ؛ فإنَّ العَقدَ لا يَنعَقِدُ أصلًا إذا لم يَكُن العاقِدُ أهلًا، ويَنعَقِدُ مَوقوفًا عند تَوقُّفِ الأهليّة، وكذلك لا يَنعَقِدُ عند فَواتِ المَحَلِّ.

واعلَم أنَّ شَرطَ البَيعِ أمورٌ:

منها: في العاقِد، وهو أن يكونَ عاقِلًا مُميِّزًا.

ومنها: في الآلة، أن يَكونَ بلَفظ الماضي.

ومنها: أن يَكونَ المَحَلُّ مَقدورَ التَّسليمِ.

ومنها: التَّراضي.

---

(١) في سوى الأصل: محله.

(٢) في (و): الأهلية.

وحُكمُ البَيعِ: المِلكُ.

والمِلكُ في اللُّغة: عِبارةٌ عن القُوّة والقُدرةِ، ولهذا يُستَعمَلُ استِعمالَ القُدرةِ، يُقالُ: فُلانٌ يَملِكُ كذا، أي يَقدِرُ، قال اللهُ تعالى: ﴿وَلَا يَمۡلِكُونَ لِأَنفُسِهِمۡ ضَرًّا وَلَا نَفۡعًا﴾ [الفرقان:٣].

وفي الشَّرعِ: عِبارةٌ عن القُدرة على التَّصرُّفات في المحالِّ بوَصف الاختِصاصِ، وقيل: هي عِبارةٌ عن الاختِصاص بالمحالِّ.

ولا فَرقَ بين العِبارتَين؛ فإنَّ من اختَصَّ بمَحَلٍّ تَصرُّفًا فقد قَدَر عليه، ومَن[1] قَدَر عليه فقد اختَصَّ.

البَيعُ يَنعَقِدُ بالإيجاب والقَبولِ، إذا كانا بلَفظ الماضي؛ لأن كلَّ واحِدٍ يُنبِئُ عن الإيجاب.

قَولُه: (البَيعُ يَنعَقِدُ بالإيجاب والقَبولِ) الانعِقادُ عِبارةٌ عن انضِمام كَلامِ أحَدِ العاقِدَينِ إلى الآخَر، والبَيعُ عِبارةٌ عن أثَرٍ[2] شَرعيٍّ يَظهَرُ في المَحَلِّ عند الإيجابِ والقَبولِ[3]، حتى يكونَ العاقِدُ قادِرًا على التَّصرُّف، وإليه أشار في قَوله: (يَنعَقِدُ) حيث لم يَقُل: البَيعُ هذان اللَّفظانِ.

---

(١) في (هـ): أو من.

(٢) في (ز): أمر. وفي «البحر» ٥/ ٢٧٨ نقلًا عن المصنف هنا: معنى شرعي، ونقله مرة أخرى ٥/ ٢٨٣ بلفظ المصنف.

(٣) قال في «البحر» ٥/ ٢٧٨: رده في «فتح القدير» بأنه نفس حكمه وهو الملك، فإنه القدرة على التصرف ابتداءً إلا لمانع، فخرج بالابتداء قدرة الوكيل والوصي والمتولي، وبقولنا إلا لمانع: المبيع المنقول قبل القبض، فإن عدم القدرة على بيعه لمانع النهي... إلخ.

ويعني بالإيجاب أنَّ قولَه: (بِعتُ) جُعِل من الواجبات؛ لأنَّ الفِعلَ صَرفُ المُمكِنِ من الإمكان إلى الوُجوب.

وقيل: أيُّ اللَّفظين من (بِعتُ) و(اشترَيتُ) ذُكِر مُتقدِّمًا: فهو الإيجابُ[1].

قَولُه: (لأنَّ كلَّ واحِدٍ يُنبِئُ عن الإيجاب) أي الإثباتِ، أي إنَّ كلَّ واحِدٍ من اللَّفظَين يُنبِئان عن التَّحقُّق والثُّبوتِ، فيُحتاجُ إلى لَفظٍ يَدُلُّ عليه، وهو صيغةُ المُضِيِّ[2]، وهذا لأنَّ البَيعَ إنشاءُ تَصرُّفٍ، والإنشاءُ يُعرَف بالشَّرع؛ لأنَّ الواضِعَ لم[3] يَضَع للإنشاء لَفظًا خاصًّا: فاستُعمِل اللَّفظُ الذي وُضِع للإخبار عن الماضي للإنشاء.

وإنَّما خُصَّ هذا اللَّفظُ: لأنَّ هذا اللَّفظَ -أعني صيغةَ الماضي- يَستَدعي سَبْقَ المُخبَرِ به؛ ليَصِحَّ الكَلامُ، فكان الوُجودُ حَقًّا له بمُقتَضى الحِكمةِ، فإذا قُصِد الإنشاءُ: اختِيرَ اللَّفظُ الذي لَزِمه الوُجودُ، وهو لَفظُ الإخبارِ عن الماضي.

ولا يَلزَمُ أنَّه لو قال: (خُذه بكذا) حيث يَنعَقِدُ به البَيعُ؛ لأنَّه أَمَره بالأخذ، وليس له وِلايةُ الأمرِ، إلا بأن يَبيعَه، فيَثبُتُ البَيعُ اقتضاءً.

ولا يَنعَقِدُ بقَوله: (أبيعُ)؛ لأنَّه مُتَردِّدٌ بين الوَعدِ والحالِ، بخِلاف النِّكاحِ؛ لأنَّ البَيعَ يَقَعُ[4] بَغتةً وفَلْتةً، فلم يَتعيَّن للحال.

أمّا النِّكاحُ فلا يَخلو عن تَقدُّم الخُطبةِ والخِطبةِ، وهما يَدُلّانِ على أنَّ المُرادَ به الحالُ.

---

(١) هذه الفقرة مثبتة من (ز).

(٢) في (هـ): الماضي.

(٣) في (هـ): لما لم.

(٤) في (ز): ينعقد.

وذَكَر في «التحفة»: إذا نَوى به الحالَ يَنعَقِدُ البَيعُ.

وعلى هذا: يَنبَغي أن يَنعَقِدَ البَيعُ بقَوله: (لَأَبيعُ)؛ لأنَّه خَلَص للحال، لكن المَسألةُ غيرُ مَذكورةٍ.

فإذا أَوجَب أَحَدُ المُتعاقِدَينِ البَيعَ: فالآخَرُ بالخِيار، إن شاء قَبِل في المَجلِس، وإن شاء رَدَّ؛ لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «المُتَبايِعانِ بالخِيار ما لم يَتَفَرَّقا»[1].

(فإذا أَوجَب) أي حَقَّق، وإنَّما اقتَصَر الحُكمُ على المَجلِس نَظَرًا للبائع.

قَولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «المُتَبايعان بالخِيار ما لم يَتفرَّقا»:

قال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: التَّفرُّقُ تَفرُّقُ الأبدانِ، فيَثبُتُ لكُلِّ واحِدٍ منهما خِيارُ المَجلِس.

ونحن نَقولُ: التَّفرُّقُ تَفرُّقُ الأقوالِ، ونَعني به أنَّ للمُوجِب خِيارَ الرُّجوعِ عمّا قال قبل قَبولِ صاحِبِه، ولصاحِبه الخِيارُ أيضًا، إن شاء قَبِل وإن شاء لم يَقبَل، وهذا الخِيارُ ثابِتٌ ما لم يَتفرَّقا قولًا.

فإن تَفرَّقا قَولًا: بأن قال أحدُهما: (بِعتُ)، وقال الآخَرُ: (لا أشتَري): لم يَبقَ الخِيارُ بعد ذلك.

وهذا لأنَّ الأحوالَ ثَلاثةٌ: قِسمٌ لم يُوجَد فيه رُكنٌ ما، وهي حالةُ التهيئةِ، وقِسمٌ وُجِد فيه الرُّكنانِ، وقِسمٌ وُجِد فيه أحدُهما دونَ الآخَرِ، فنَقولُ:

هذا الاسمُ -وهو كونُهما مُتبايعَينِ- قبل صُدورِ الرُّكنَين[2] وبعدَه بطَريق

---

(١) رواه البخاري (٢١٠٨)، ومسلم (١٥٣٢)، وهذا لفظ الإمام أحمد (٣٩٣).

(٢) في (و): الركن.

المَجازِ، أمّا قَبلَه: فظاهِرٌ، وكذا بعدَه؛ لأنَّه كما وُجِد يَتلاشى ويَضمَحِلُّ.

وفيما إذا وُجِد أحدُهما دون الآخَرِ بطَريق الحَقيقةِ بوجهَين:

أحدُهما: أنَّ الشَّارِعَ بَقَّى[1] الإيجابَ ما داما في المَجلِس؛ ليَتَّصِلَ بالقَبول؛ لأنَّ ساعاتِ المَجلِسِ اعتُبِرت ساعةً واحِدةً؛ دَفعًا للعُسر وتَحقيقًا لليُسر.

والثّاني: أنَّ هذه قِسمةٌ جامِعةٌ، فتكونُ أحَقَّ بأن تُجعَل حَقيقةً.

وأيُّهما قام عن المَجلِس قبلَ القَبول: بَطَلَ الإيجابُ.

فإذا حَصَل الإيجابُ والقَبول: لَزِم البَيع، ولا خِيارَ لواحِدٍ منهما، إلا من عَيبٍ أو عَدَم رُؤيةٍ.

وقال الشافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: هُما بالخِيار بعد العَقد ما لم يَتفرَّقا بَدَنًا؛ لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «المُتبايِعان بالخِيار ما لم يَتَفَرَّقا»[2].

ولنا: أنه إبطالُ حَقِّ الغَيرِ من غير رِضاه، فلا يَجوز، والمُراد بالحديث: ما قَبْلَ اجتماعِهِما على الإيجاب والقَبول.

(وأيُّهما قام عن المَجلِس بَطَل) لأنَّ هذا امتِناعٌ عن إتمام العِلّةِ، لا إبطالٌ للعِلّة.

وهذا لأنَّ إيجابَ البائِعِ أحَدُ شَطرَي عِلّةِ الحُكمِ، والحُكمُ إذا تَعلَّق بوصفَين مُؤثِّرين: فللوَصف الأوَّلِ حُكمُ السَّبَبِ المَحضِ، وللثّاني حُكمُ العِلّةِ.

والأعواضُ المُشارُ إليها لا يُحتاجُ إلى مَعرفة مِقدارِها في جَواز البَيع؛ لأن جَهالَتها لا تُفضي إلى التَّنازع.

(١) في (هـ) و(ز): نفى.

(٢) تقدم آنفًا.

(والأعواضُ المُشارُ إليها...) هذا يَتناوَلُ الحَجرَين[1] وغيرَهما؛ لأنَّ الإشارةَ كافيةٌ في الكُلِّ؛ إذ هي أبلَغُ أسبابِ التَّعريفِ.

قَولُه: (في جَواز البَيعِ) احتِرازٌ عن السَّلَم؛ لأنَّ مَعرِفةَ مِقدارِ رَأسِ المالِ شَرطٌ في شَرعيّة الأسبابِ؛ لقَطعِ المُنازَعات، فلمّا كان البَيعُ يُؤدِّي إلى المُنازَعة: عاد على مَوضوعه بالنَّقض والفَسادِ، فلا جَرَم يَفسُدُ.

والأَثمانُ المُطلَقةُ لا تَصِحُّ إلا أن تكونَ مَعروفةَ القَدْرِ والصِّفة؛ لئلا تُؤدِّيَ الجَهالةُ إلى المُنازَعة المانِعةِ من التَّسَلُّم والتَّسليم، فيَعرى العَقدُ عن المَقصود.

(والأثمانُ المُطلَقةُ) أراد بها إذا لم يَكُن مُشارًا إليها، وتكونُ مُختَلِفةَ القَدْرِ[2].

أو أراد به الذَّهبَ والفِضّةَ؛ لأنَّهما خُلِقا ثَمَنًا؛ لِما عُرِف أنَّ الأموالَ ثَلاثةٌ:

ثَمَنٌ مَحضٌ، وهو ما يكون مُقوِّمًا لنَفسه ولغَيره.

وسِلعةٌ مَحضٌ، وهو ما لا يَكونُ مُقوِّمًا لنَفسه ولغَيره.

ودائِرٌ بنيهما، وهو ما لا يَصلُحُ ثَمَنًا إذا كان مُؤجَّلًا، كالمَكيل والمَوزونِ.

بَيانُ القَدرِ: أن يَقولَ: عَشَرةٌ أو خَمسةَ عَشَرَ.

بَيانُ الصِّفةِ: أن يَقولَ: بُخارِيٌّ، أو سَمَرْقَندِيٌّ.

ويَجوزُ البَيعُ بثَمَنٍ حالٍّ، ومُؤجَّلٍ إذا كان الأَجَلُ مَعلومًا؛ لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟﴾ [البقرة: ٢٧٥].

---

(١) أي الذهب والفضة.

(٢) في (ز): للقدر.

ومن أَطلَق الثَّمَنَ في البيع: كان على غالِب نَقدِ البَلَد؛ لأن اللَّفظَ عند الإطلاقِ يَنصَرِفُ إلى المُتَفاهَم المُتعارَف.

(ومن أطلَق الثَّمَنَ) أي ذَكَر القَدرَ دون الصِّفةِ.

أُمورُ المُسلِمين مَحمولةٌ على الصِّحّة ما أمكنَ؛ إذ الظّاهِرُ من العاقِل المُتديِّنِ أن يَقصِدَ البَيعَ الصَّحيحَ، فإذا أطلَق الثَّمنَ: فالظّاهِرُ أنّه أراد به نَقدَ البَلَدِ الذي جَرَت العادةُ بالتَّعاقُد به، فصار كأنَّهما نَطَقا بذلك.

فإن كانت النُّقودُ مُختَلِفةً: فالبَيعُ فاسِدٌ؛ للجَهالة، إلا أن يُبَيِّنَ أَحدُهما.

(وإن كانت النُّقودُ مُختلِفةً: فالبَيعُ فاسِدٌ) هذا إذا كان الكُلُّ في الرَّواج سَواءً؛ لأنَّ الجَهالةَ مُفضِيةٌ إلى المُنازَعة، إلا أن تَرتَفِعَ الجَهالةُ بالبَيان، أو يكونَ أحدُهما أروَجَ.

ويَجوزُ بَيعُ الطَّعامِ والحُبوبِ مُكايَلةً، ومُجازَفةً، وبإناءٍ بعَينه لا يُعرَف مِقدارُه، وبَوزن حَجَرٍ بعَينه لا يُعرَف مِقدارُه؛ لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «إذا اختلَف النَّوعانِ فبيعُوا كيف شِئتُم، بعد أن يكونَ يَدًا بيَدٍ»(1).

---

(1) قال في «نصب الراية» 4/ 4: غريب بهذا اللفظ، وروى الجماعة (مسلم 1587) إلا البخاري من حديث عبادة بن الصامت: أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مِثلًا بمثل، سواءً بسواء، يدًا بيد، وإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدًا بيد». انتهى.

وأخرجه الطبراني في «معجمه» (1017) من حديث بلال نحوه وقال فيه: «فلا بأس به واحد بعشرة»، وأخرجه الدارقطني في «سننه» (2853) عن أنس وعبادة بن الصامت عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «ما وزن فمثل بمثل، إذا كان نوعًا واحدًا، وما كيل فمثل ذلك، فإذا اختلف النوعان فلا بأس به». انتهى.

الطَّعامُ في العُرف يُرادُ به الحِنطةُ ودَقيقُها، فعلى هذا: لا يُستَدرَك ذِكرُ الحُبوبِ بعدَه، وهي العَدسُ والحِمِّصُ وما يضاهيهما.

وهذا[1] إذا باعه بخِلاف جِنسِه مُجازَفةً، أمّا إذا باعه بجِنسه مُجازَفةً: لا يَجوزُ؛ لاحتِمال الرِّبا.

ومَن باع صُبْرَةَ طَعامٍ كُلَّ قَفيزٍ بدِرهَمٍ: جاز البَيعُ في قَفيزٍ واحِدٍ عند أبي حنيفة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، إلا أن يُسَمّيَ جُملةَ قُفزانِها؛ لأنّا لو عَمِلنا بالعُموم: يَصيرُ الثَّمَنُ[2] مَجهولًا، فيَنصَرِفُ إلى الأَقَلِّ لَمّا تَعذَّر العَمَلُ بالعُموم، كما هو الأَصل.

قَولُه: (لأنّا لو عَمِلنا بالعُموم يَصيرُ مَجهولًا) أي لو جَوَّزنا البَيعَ في الجَميع: يَصيرُ ثَمَنُ المَبيعِ مَجهولًا؛ لأنَّه قَدَّر الثَّمَنَ بعَدَد القُفزانِ، وذلك ليس بمَعلومٍ، والبَيعُ لا يَصِحُّ بثَمَنٍ مَجهولٍ.

قَولُه: (كما هو الأصلُ) الأصلُ عند أبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّه متى أضاف كَلِمة (كلّ) إلى ما لا يُعلَم مُنتهاه: فإنَّه يَتناوَلُ أدناه، وهو الواحِدُ، كما لو قال لفُلانٍ: (عليَّ كلُّ دِرهَمٍ): يلزَمُه دِرهَمٌ واحِدٌ، وإذا آجَر دارَه كلَّ شَهرٍ: يَلزَمُ العَقدُ في شَهرٍ واحِدٍ.

وعندهما: هو كذلك فيما لا يَكونُ مُنتَهاه مَعلومًا بالإشارة إليه، فأمّا فيما يُعلَم جُملَتُه بالإشارة إليه: فالعَقدُ يَتناوَلُ الكُلَّ، كما لو كان مَعلومَ الجُملَةِ بالتَّسمية؛ لأنَّ الإشارةَ أبلَغُ في التَّعريف من التَّسمية.

ويَحتَمِلُ أن يُرادَ به أنَّ العامَّ إذا لم تَكُن أجزاؤُه على العُموم: يُراد به أَخَصُّ

(١) في (هـ): قوله مجازفة وهذا.

(٢) في (أ): الكل.

الخُصوصِ، كما في قَوله تعالى: ﴿وَمَا يَسْتَوِي ٱلْأَعْمَىٰ وَٱلْبَصِيرُ﴾ [فاطر:١٩].

وهُما يَقولانِ بأنَّ ثَمَنَ كلِّ قَفِيزٍ معلومٌ، فيصيرُ المبيعُ معلومًا ضرورةً، ولأنَّ هذه الجهالةَ لا تُفضِي إلى المنازَعةِ، فلا عِبرةَ بها.

(هما يَقولان: بأنَّ الثَّمَنَ مَعلومٌ) لأنَّ ثَمَنَ كلِّ قَفيزٍ إذا صار مَعلومًا: صار ثَمَنُ الكُلِّ مَعلومًا ضَرورةً، بواسِطة العَدِّ، وهو طَريقٌ مُتيسِّرٌ عادةً، فلا يَثبُتُ باعتِباره[1] جَهالةٌ.

قَولُه: (إلا أن يُسَمِّيَ[2] جُملةَ قُفزانِها) أي في المَجلِس قبل أن يَتفرَّقا؛ لأنَّ حالةَ المَجلِسِ كحالة العَقدِ، ولكن يَتخيَّرُ المُشتَري.

ومَن باع قَطيعَ غَنَمٍ كلَّ شاةٍ بدِرهَمٍ: فالبَيعُ فاسِدٌ في جَميعها عند أبي حنيفة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ؛ لأنه تَناوَلَ واحِدًا، وإنه مُتَفاوِتٌ مَجهولٌ.

قَولُه: (وإنَّه مُتفاوِتٌ مَجهولٌ) ولهذا لا يَجوزُ بَيعُ شاةٍ من قَطيعٍ، وذِراعٍ من ثَوبٍ، بخِلاف بَيعِ قَفيزٍ من صُبرةٍ؛ فإنَّه يَجوزُ.

وكذلك من باع ثَوبًا مُذارَعةً كُلَّ ذِراعٍ بدِرهَمٍ ولم يُسَمِّ جُملةَ الذُّرْعان.

ومن ابتاعَ صُبْرةً على أنها مِائةُ قَفيزٍ بمِائة دِرهَمٍ، فوَجَدها أَقَلَّ من ذلك: فالمُشتَري بالخِيار، إن شاء أَخَذ المَوجودَ بحِصَّته، وإن شاء فَسَخ العَقدَ؛ لأنه وَجَدها أَنقَصَ، وله في شِراء الجُملةِ غَرَضٌ صَحيحٌ.

---

(١) في (ز): باعتبار.

(٢) من هنا إلى قوله: (واعلم أن الموانع أنواع) غير مصور في نسخة (و)، وهي اللوحة رقم (٢١٣) منها.

وإن وَجَدها أكثَرَ: فالزِّيادةُ للبائع؛ لأن القَدْرَ في الكَيليّاتِ أَصْلٌ.

ومن اشتَرى ثَوبًا على أنه عَشَرةُ أَذرُعٍ بعَشَرةٍ، أو أَرضًا على أنها مِائةُ ذِراعٍ بمائة دِرهَمٍ، فوَجَدها أقَلَّ: فالمُشتَري بالخيار، إن شاء أَخَذها بجُملة الثَّمَن، وإن شاء تَرَك؛ لوُجود النُّقصان، فيُخَيَّر، ولا يُنتَقَصُ شيءٌ من الثَّمَن؛ لأن الذَّرْعَ صِفةٌ، وفَواتُ الصِّفةِ لا يوجِبُ سُقوطَ الثَّمن.

وإن وَجَدها أكثَرَ من الذَّرع الذي سَمّاه: فهي للمُشتَري، ولا خِيارَ للبائع؛ لأنه وَجَده أَفضَل، وزِيادةُ الصِّفةِ تَسْلَمُ للمُشتَري.

والفَرقُ بين مسألَتَي الصُّبرةِ والثَّوب: في وُجدان المُشتَري المُشتَرى زائِدًا على المُسَمّى أو ناقِصًا..

لأنَّ في مَسألة الثَّوبِ الذَّرعَ صِفةٌ، فإن وَجَدها أكثَرَ: كان بمَنزلة ما إذا اشتَرى جارِيةً مُتوسِّطةَ الجَمالِ، فوَجَدها جَميلةً جِدًّا: فلا خِيارَ له.

وإن وَجَد الثَّوبَ ناقِصًا: كان بمَنزلة ما إذا وَجَد الجارِيةَ مَعيبةً، فلَه[1] الرَّدُّ بالعَيب، أو الرِّضا بجَميع الثَّمَنِ؛ إذ لا يُمكِنُ تَشقيصُ الصِّفةِ عن المَوصوف، فيما إذا كانت صِفةً حَقيقيّةً[2]، وفيما إذا كانت الصِّفةُ حُكمِيّةً في تَشقيصه ضَرَرٌ، كالذَّرع في الثَّوب، فأُلحِق بالصِّفة الحَقيقيّةِ، وفي مسألة الطَّعامِ لا ضَرَرَ، فيُخالِفُ مَسألةَ الثَّوبِ بهذا.

والحَدُّ الفاصِلُ بين القَدرِ والصِّفةِ: أنَّ ما لا يَنتَقِصُ الباقي بفَواته: فهو قَدْرٌ، فإنَّ العَشَرةَ الأقفِزةَ إذا انتَقَص منها قَفيزٌ: تُشتَرى التِّسعةُ بالثَّمَن الذي كان بحِصَّتها

(١) في (ز): فلزمه.

(٢) في (ز): حقيقة.

مع القَفيز الواحِدِ، وما يَنتَقِصُ الباقي بفَواته: فهو صِفةٌ، فإنَّ اليَدَ والعَينَ[1] إذا فاتَت تَنتَقِصُ قيمةُ النَّفسِ، وكذلك الذَّرعُ الواحِدُ من الثَّوب أو الدَّارِ إذا فات؛ فإنَّ الباقيَ لا يُشتَرى بالثَّمَن الذي كان يُشتَرى معه، فإنَّ الباقيَ إذا كان خَمسةَ عَشَرَ ذِراعًا: فالخَمسةُ الزَّائِدةُ على العَشَرة تَزيدُ في قيمة الخمسة وفي قيمة العَشَرة أيضًا.

ولو قال: (بعتُكَها على أنَّها مِائةُ ذِراعٍ بمِائة دِرهَمٍ، كلُّ ذِراعٍ بدِرهَمٍ)، فوَجَدها ناقِصةً فهو بالخِيار، إن شاء أَخَذها ناقِصةً بحِصَّتها من الثَّمَن، وإن شاء تَرَك؛ لأن كُلَّ جُزءٍ صار أَصلًا لَمّا ذَكَر له ثَمنًا على حِدةٍ.

وإن وَجَدها زائِدةً: فالمُشتَري بالخِيار، إن شاء أَخَذ الجَميعَ كُلَّ ذِراعٍ بدِرهَمٍ، وإن شاء فَسَخ البَيعَ؛ لأنه لو رَدَّ البَعضَ -وإنه مُتَفاوِتٌ-: تَقَعُ المُنازَعةُ في الباقي تحتَ البَيع، والمُنازَعةُ مانِعةٌ من التَّسليم والتَّسَلُّم.

قَولُه: (لأنَّ كلَّ جُزءٍ صار أصلًا...) إلى آخِره: مُقابَلةُ الثَّمَنِ من خَواصِّ كونِه أصلًا؛ إذ الثَّمَنُ لا يُقابِلُ الأوصافَ، وقد قُوبِلَ الثَّمَنُ به، فعُلِم بأنَّه خَرَج من كَونه وَصفًا.

ومَن باع دارًا دَخَل بِناؤُها في البَيع وإن لم يُسَمِّ؛ لأن اسمَ الدّارِ شامِلٌ للبناء.

العَرْصةُ أصلٌ في ذِكر الدَّارِ؛ لأنَّ قَرارَ البِناءِ عليها، إلا أنَّ البُنيانَ يَدخُلُ في ذِكر الدَّارِ، حيث اتَّصَلَ بالعِراص اتِّصالَ قَرارٍ.

ومَن باع أَرضًا دَخَل ما فيها من الشَّجَر والنَّخيلِ في البَيع وإن لم يُسَمِّه؛ لأنه مُتَّصِلٌ بها للبَقاء.

---

(١) في (هـ): فإن الصفة أو العين.

ولا يَدخُلُ الزَّرعُ في بيع الأَرضِ إلا بالتَّسمية؛ لأن الزَّرعَ مُودَعٌ في الأرض لا للبَقاء[1].

ومَن باع شَجَرًا فيه ثَمرةٌ: فثَمَرتُه للبائع، إلا أن يَشتَرِطَ المُبتاعُ، وقد رُوِي عن النبيِّ عَلَيْهِ السَّلَامُ بهذا المَعنى[2]، ويقال للبائِع: (اقطَعها وسَلِّم المَبيعَ إلى المُشتري).

قَولُه: (لهذا المَعنى) قال عَلَيْهِ السَّلَامُ: «من اشتَرى أرضًا فيها نَخيلٌ[3] فثَمَرتُه للبائِع»[4].

ومَن باع ثَمرةً لم يَبدُ صَلاحُها أو قد بَدا: جاز البَيع، ويُقال للمُشتَري: (اقطَعها

(١) في (ب) زيادة طويلة هنا: (وعند أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَجوزُ الفَسخُ وإن لم يَحضُر الآخَرُ؛ لأنه رَضِي به لَمّا أثبَت الخِيارَ له.

لهما: أن رَفْعَ العَقدِ كالعَقد، فلا يَقومُ بأحدهما.

وإذا مات مَن له الخِيارُ: بَطَل خِيار [كذا]، ولا يَنتَقِلُ إلى ورثته.

وقال الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَنتَقِل؛ لأنه حَقٌّ قَويٌّ كالقِصاص.

ولنا: أن البائِعَ رَضِي بأن يكون ذلك برضا المُورِّث لا الورث [كذا]).

وهذه الزيادة محلها أواخر الباب الآتي، وليس هنا.

(٢) وهو قوله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من باع نَخلًا مُثمِرةً فثَمَرَتُها له، إلا أن يَشتَرِطَ المُبتاعُ». رواه البخاري (٢٧١٦) ومسلم (١٥٤٣).

(٣) في (ز): نخل.

(٤) قال في «نصب الراية» ٤/ ٥: غريب بهذا اللفظ، وأخرج الأئمة الستة في كتبهم عن سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه عن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «من باع عبدًا وله مال فماله للبائع، إلا أن يشترط المبتاع، ومن باع نخلًا مؤبرًا فالثمرة للبائع، إلا أن يشترط المبتاع».

وفي لفظ للبخاري (٢٣٧٩): «من ابتاع نخلًا بعدما يؤبر فثمرتها للذي باعها، إلا أن يشترط المبتاع»، وأخرجه البخاري (٢٧١٦) ومسلم (١٥٤٣) عن نافع عن ابن عمر بقصة النخل فقط.

في الحال)؛ لأنه باع عَينًا.

(ومن باع ثَمَرةً...) إلى آخِره: المَسألةُ على ثَلاثة أَوجُهٍ:

أَحدُها: أن يَبيعَها قبل أن يَصيرَ مُنتَفَعًا بها، بأن لم يَصلُح لتَناول بَني آدمَ وعَلَفِ الدَّوابِّ: فإنَّه يَجوزُ عند بعضِ المَشايخِ، والصَّحيحُ أنَّه لا يَجوزُ[1].

والثّاني: أنَّه إذا باعه بعدما صار مُنتَفَعًا به، إلا أنَّه لم يَتَناهَ عِظَمُه، وهنا يَجوزُ البَيعُ، سَواءٌ باع مُطلَقًا، أو شَرَط القَطعَ، وإن باع بشَرط التَّركِ: فالبَيعُ فاسِدٌ[2].

والثّالِثُ: إذا باع بعدما تَناهى عِظَمُه، ولا شَكَّ في جَوازِ هذا البَيعِ إذا باع مُطلَقًا، أو بشَرط القَطعِ، أو بشَرط التَّركِ عندهما، خِلافًا لمحمّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ في الوَجه الأخير[3]،

---

(١) قال في «البناية» ٨/ ٣٨: قال شيخ الإسلام: لا يجوز، وذكر القدوري في «شرحه» والإسبيجابي: أنه يجوز، وإليه أشار محمد في كتاب الزكاة في باب العشر والخراج في «الجامع»، وهو الصحيح. انتهى.

وأصله في «المحيط» ٦/ ٣٣٣، وقال ثمة بعده: والحيلة في ذلك حتى يجوز البيع على قول الكل: أن يبيعه مع أوراقه، بأن يبيع الكمثرى في أول ما يخرج من ورده مع أوراقه، فيجوز في الكمثرى تبعًا للبيع في الأوراق، ويجعل كأنه ورق كله، حتى يجوز البيع. انتهى.

(٢) لأنه شرط ما لا يقتضيه العقد، وفيه نفع لأحد المتعاقدين. «البناية» ٨/ ٣٨.

(٣) عبارة المؤلف تفيد أن محمدًا يمنع والشيخين يجوّزان، ولعل الأمر على العكس، فقد قال في «البناية» ٨/ ٣٨: ولو باعه بشرط الترك: لا يجوز في القياس، وهو قولهما، ويجوز في الاستحسان، وهو قول محمد والشافعي ومالك وأحمد. انتهى، ومثله في «المحيط» ٦/ ٣٣٣، وزاد ثمة: وجه ما ذهب إليه محمد رَحِمَهُ اللَّهُ: أن شرط الترك لو أوجب فساد العقد في هذه الصورة إما أن يوجب من حيث إنه بيع شُرط فيه إجارة أو عارية، ولا وجه إليه؛ لأن إجارة النخل وإعارته لا تتحقق، أو من حيث إنه شرط فيه زيادة مال يحصل للمشتري من ملك البائع سوى المبيع، ولا وجه إليه أيضًا؛ لأنه تناهى عظمه، بخلاف ما إذا لم يتناه عظمه؛ لأن فيه اشتراط زيادة من مال البائع سوى المبيع.=

كذا في «المَبسوط» و«الفَتاوى».

فإن شَرَط تَرْكَها على النَّخل: فَسَد البَيعُ؛ لأنه شَرْطٌ زائِدٌ عن البَيع، وقد نَهى رَسولُ الله عَلَيْهِ السَّلَامُ عن بَيعٍ وشَرْطٍ[1].

البَيعُ إنَّما يَفسُدُ بالشَّرط الفاسِدِ، وهو كلُّ شَرطٍ لا يَقتَضيه العَقدُ، ويَنتَفِعُ أحَدُ المُتعاقِدَين أو المَعقودُ عليه، وهو من أهل الاستِحقاقِ والخُصومةِ، وسَيجيءُ تَقريرُه بتَمامه إن شاء اللهُ تعالى.

ولا يَجوزُ أن يَبيعَ ثَمرةً ويَستَثنِيَ منها أرطالًا مَعلومةً؛ فلعلَّ المَبيعَ ليس إلا هذه الأَرطالُ.

ويَجوزُ بَيعُ الحِنطةِ في سُنبُلِها، والباقِلّا في قِشْره؛ لأنه باع مالًا مَعلومًا مُتقوَّمًا مَقدورَ التَّسليم.

ومن باع دارًا دَخَل في البَيع مَفاتيحُ أغلاقِها تَبعًا؛ لأنها تُعَدُّ من جُملة الدّار في البيع عُرفًا.

(ولا يَجوزُ أن يَبيعَ ثَمرةً...) إلى آخِره: ذَكَر في «الهِداية»: هذا رِوايةُ الحَسَنِ،

= فأما أبو حنيفة وأبو يوسف: ذهبا في ذلك إلى أنه شرط في هذا البيع ما لا يقتضيه العقد، ولأحد العاقدين فيه منفعة.

بيانه: أنه إن كان لا يثبت بهذا الشرط إجارة أو عارية أو زيادة مال من مال البائع سوى المبيع: يحصل للبائع زيادة وطراوة، وللمشتري فيه منفعة، والبيع لا يقتضي هذا، ومثل هذا الشرط يوجب فساد البيع.

(١) رواه الإمام أبو حنيفة في «مسنده» رواية أبي نعيم ص١٦٠، والطبراني في «الأوسط» (٤٣٦١)، والحاكم في «معرفة علوم الحديث» ص١٢٨، وانظر «نصب الراية» ٤/ ١٨.

وفي ظاهِرِ الرِّوايةِ: يَجوزُ؛ لأنَّ الأصلَ أنَّ ما يَجوزُ إيرادُ العَقدِ عليه بانفِراده: يَجوزُ استِثناؤُه[1] وإيرادُ العَقدِ عليها يَجوزُ[2].

وأُجرةُ الكَيَّال وناقِدِ الثَّمنِ على البائِعِ؛ لأنه يَحتاجُ إلى التَّسليم، وهو مُحتاجٌ إلى ردِّ المَعيب.

وأما أُجرةُ وَزَّان الثَّمَنِ: على المُشتَري؛ لأنه يَحتاجُ في التَّسليم إلى الوَزن، وعليه التَّسليمُ.

فأما الانتِقادُ لمَعرفة المَعيب: فلا يُفتَقَر إليه في التَّسليم.

البائِعُ يَحتاجُ إلى التَّسليم، فيَجِبُ عليه أُجرةَ الكَيَّالِ؛ لأنَّ الكيلَ من تَمام التَّسليمِ، وهذا إذا بِيع مُكايَلةً.

قَولُه: (وهو المُحتاجُ إلى رَدِّ المَعيبِ) أي البائِعُ يَحتاجُ إلى النَّقد ليَعرِفَ المَعيبَ

---

(١) قال في «العناية» ٦/ ٢٩٢: قال المصنف: (أما على ظاهر الرواية ينبغي أن يجوز) يريد به على قياس ظاهر الرواية، فإن حكم هذه المسألة لم يذكر في ظاهر الرواية صريحًا، ولهذا قال: ينبغي أن يجوز لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد، وبيع قفيز من صبرة جائز، فكذا استثناؤه.

وينعكس إلى أن ما لا يجوز إيراد العقد عليه بانفراده لا يجوز استثناؤه، وفي بيع أطراف الحيوان فيه وحمله لا يرد عليه العقد بانفراده، فكذا لا يجوز استثناؤه، وهذا لأن الاستثناء يقتضي أن يكون المستثنى مقصودًا معلومًا، وإفراد العقد يقتضي أن يكون المعقود عليه مقصودًا معلومًا، فتشاركا في القصد والعلم، فما جاز أن يقع معقودًا عليه بانفراده جاز أن يستثنى وبالعكس، وعلى هذا لو قال: بعتك هذه الصبرة بكذا إلا قفيزًا منها بدرهم: صح في جميع الصبرة إلا في قفيز؛ لأنه استثنى ما يجوز إفراده بالعقد عليه. انتهى.

(٢) أي أن إيراد العقد على الثمرة بانفرادها يجوز، فيجوز استثناء الأرطال المعلومة منها.

فيَرُدَّه، فيَجِبُ عليه أُجرَتُه.

قَولُه: (لأنَّه يَحتاجُ في التَّسليم إلى الوَزن) أي إنَّه يَحتاجُ إلى الوَزن في تَسليم الثَّمَنِ، وعليه تَسليمُ[1] الثَّمَنِ.

(وأما الانتِقادُ فلمَعرفة المَعيبِ) فلا يُفتَقَر إليه في تَسليم الثَّمَنِ، فلا يَجِبُ على المُشتَري.

ومَن باع سِلعةً بثَمَنٍ: قيل للمُشتَري: (ادفَع الثَّمَنَ أوَّلًا)، فإذا دفع: قيل للبائع: (سَلِّم المَبيعَ إلى المُشتَري)؛ ليَصير الثَّمَنُ بالقَبض عَينًا، فيكونَ عَينًا بعَينٍ.

وإن باع سِلعةً بسِلعةٍ، أو ثَمَنًا بثَمَنٍ: قيل لهما: (سَلِّما مَعًا)؛ لأنهما تَساوَيا في العَينِيّة والدَّينيّة.

البَيعُ على وُجوهٍ:

مُقايَضةٌ: وهو بَيعُ السِّلعةِ بالسِّلعة.

وصَرفٌ: وهو بَيعُ الدِّرهَمِ بالدِّرهم، والدِّينارِ بالدِّينار.

وسَلَمٌ: وهو ما يكونُ المَبيعُ مُؤَجَّلًا.

وبَيعٌ مُطلَقٌ: وهو بَيعُ السِّلعةِ بالثَّمن، وهذا لأنَّه يُفهَم عند إطلاقِ البَيعِ، فلهذا قَدَّمه وقال: (ومن باع سِلعةً بثَمَنٍ).

البَيعُ يَقتَضي المُساواةَ وَضعًا وعقلًا، والمَبيعُ صار مُتعيِّنًا، والدَّراهِمُ والدَّنانيرُ لا يَتعيَّنان في العُقود والفُسوخ[2]، فأمَرناه بالدَّفع أوَّلًا ليَتعيَّنَ؛ حتى يَصيرَ كِلا الحَقَّينِ

---

(١) سقطت من (هـ).

(٢) كالنكاح، والطَّلاقِ، والبيعِ، والشِّراءِ، والإقالةِ، والرَّدِّ بالعَيب، والنَّسَبِ، وفي الهِبة والصَّدَقةِ=

مُتعيِّنًا؛ لأنَّ تَسليمَ الثَّمَنِ أوَّلًا واجِبٌ لعَينه؛ لتَحصُلَ هذه المُساواةُ.

وأُمِر البائِعُ بعدَه بتَسليم المَبيعِ: لأنَّه استَوفى الثَّمَنَ، وهو حَقُّه، والمَبيعُ حَقُّ المُشتَري، فيَكونُ حَبسُه ظُلمًا، وللقاضي وِلايةُ دَفعِ الظُّلمِ، فيَأمُرُه بالتَّسليم؛ ليَندَفِعَ الظُّلمُ.

❁❁❁

البَيعُ نَوعان: لازِمٌ وغيرُ لازِمٍ، فاللّازم: لا خِيارَ فيه، وغيرُ اللّازِمِ: ما فيه خِيارٌ.

والخِيارُ الثَّابِتُ في البَيع أنواعٌ: خِيارُ الشَّرطِ، وخِيارُ الرُّؤيةِ، وخِيارُ العَيبِ، وخِيارُ التَّعيين، فبَدَأ الكِتابُ بالعَقد اللّازم، ثم بغَيره.

=رِوايتان. «رمز الحقائق» ٤/ ٣٧٤.

فلا يتعلق العقد بهما عند الإشارة إليهما، وإنما يتعلق بمثلهما في الذمة. «التبيين» ٥/ ٣٤.

بابُ خِيارِ الشَّرط

بابُ خِيارِ الشَّرطِ

العِلَلُ نوعان:

عَقليّةٌ: وهي ما لا يَجوزُ تَراخي الحُكمِ عنها، كالسَّواد مع الأسوَد[1]، ولذلك قال الشَّيخُ الإمامُ أبو مَنصورٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: العِلّةُ العَقليّةُ: ما إذا وُجِد يَجِبُ الحُكمُ به[2].

وشَرعيّةٌ: كالبَيت للحَجِّ، والأوقاتِ للصَّلاة، والبَيعِ للمِلك، وفي مثل هذه العِلّةِ يَجوزُ تَراخي الحُكمِ عن علّته، إلا أنّه لا يَجوزُ تَخلُّفُ الحُكمِ عن العِلّة إلا على قَول

---

(١) في (هـ): الاسوداد.

(٢) قال في «كشف الأسرار» ٤/ ١٧١: وعن الشيخ أبي منصور رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن العلة هي المعنى الذي إذا وجد يجب الحكم به معه. واحترز بقوله: (معه) عن قول بعض القدرية: إن العلة هي الأمر الذي إذا وجد وجد الحكم عقيبه بلا فصل، وقد بينا أن ثبوت الحكم بالعلة عندنا بطريق المقارنة لا بطريق التأخر، ولهذا جعلنا الاستطاعة مقارنةً للفعل لا سابقة عليه، قال صاحب «الميزان»: هذا التعريف هو الصحيح، فإن العلة ما يجب به الحكم، فإن وجوب الحكم وثبوته بإيجاب الله تعالى، لكنه أوجب الحكم لأجل هذا المعنى، وبسبب هذا المعنى، ويجوز أن يقال: يجب به: لأن الله تعالى قد يفعل فعلًا بسبب ويفعل فعلًا ابتداءً، ويثبت حكمًا بسبب وحكمًا ابتداءً بلا سبب وحكمة، وفعله قط لا يخلو عن الحكمة، عرفنا وجه الحكمة أو لم نعرف. انتهى.

من يُجَوِّزُ تَخصيصَ العِلّةِ[1].

---

(١) قال في «كشف الأسرار» ٤/ ٣٢: تخصيص العلة: عبارة عن تخلف الحكم في بعض الصور عن الوصف المدعى علةً لمانع، كما أشار إليه الشيخ في الكتاب.

وإنما سمي تخصيصًا: لأن العلة وإن كانت معنًى ولا عموم للمعنى حقيقة؛ لأنه في ذاته شيء واحد، ولكنه باعتبار حلوله في محالّ متعددة يوصف بالعموم، فإخراج بعض المحال التي توجد فيها العلة عن تأثير العلة فيه وقصر عمل العلة على الباقي يكون بمنزلة التخصيص، كما أن إخراج بعض أفراد العام عن تناول لفظ العام إياه وقصره على الباقي تخصيص.

وأجمعوا على أن العلة متى ورد عليها نقض تبطل؛ لأن المنتقض لا يصلح أن يكون علة شرعية.

واختلفوا في تخصيص العلة: فقال القاضي الإمام أبو زيد والشيخ أبو الحسن الكرخي وأبو بكر الرازي وأكثر أصحابنا العراقيين: إن تخصيص العلة المستنبطة جائز، وهو مذهب مالك وأحمد بن حنبل وعامة المعتزلة.

وذهب مشايخ ديارنا قديمًا وحديثًا إلى أنه لا يجوز، وهو أظهر قولي الشافعي، وأكثر أصحابه.

هذا الاختلاف في العلة المستنبطة، فأما في العلة المنصوصة: فاتفق القائلون بالجواز في المستنبطة على الجواز فيها، ومن لم يجوز التخصيص في المستنبطة فأكثرهم جوزه في المنصوصة، وبعضهم منعه في المنصوصة أيضًا، وهو مختار عبد القاهر البغدادي وأبي إسحاق الإسفراييني، وقيل: إنه منقول عن الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ. انتهى.

وقال في «قواطع الأدلة» ٢/ ١٨٦: اختلف العلماء في تخصيص العلل الشرعية، وهي المستنبطة دون المنصوص عليها:

فعلى مذهب الشافعي وجميع أصحابه إلا القليل منهم: لا يجوز تخصيصها، وهو قول كثير من المتكلمين، وقالوا: تخصيصها نقض لها، ونقضها يتضمن إبطالها.

وقال عامة العراقيين من أصحاب أبي حنيفة: يجوز تخصيصها.

وأما عامة الخراسانيين: فإنهم أنكروا تخصيصها، وذهبوا إلى ما ذهبنا إليه.

وقال أبو منصور الماتريدي السمرقندي: القول بتخصيص العلة باطل، ومن قال بتخصيص العلة فقد وصف الله تعالى بالسفه والعبث. =

واعلَم أنَّ المَوانِعَ أنواعٌ[1]:

= فأما أبو زيد -الدبوسي-: فإنه قال بتخصيص العلة، وادعى أنه مذهب أبي حنيفة وأصحابه.

واختلف أصحاب مالك في ذلك أيضًا، وقال بعضهم بجوازه، وأنكر بعضهم جوازه، وقال بما ذهبنا إليه. انتهى.

وقال في «التقرير والتحبير» ٣/ ١٧٧: قال صدر الإسلام: تكلم الناس في تخصيص العلة قديمًا وحديثًا، إلا أنه لم يرو عن أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وزفر وسائر أصحابه نص فيه، وادعى قوم من أجلاء أصحابنا كالكرخي والرازي والدبوسي والقاضي خليل بن أحمد الشجري أن مذهب أبي حنيفة القول بتخصيص العلة، واستشهدوا بمسائل.

وذكر المحاسبي من الأشاعرة: أن أبا حنيفة كان يقول ذلك، وعده من مناقبه، ولفظ الشيخ أبي بكر الرازي: تخصيص أحكام العلل الشرعية جائز عند أصحابنا وعند مالك بن أنس، وأباه بشر بن غياث والشافعي، والذي حكيناه من مذهب أصحابنا في ذلك أخذناه عمن شاهدناه من الشيوخ الذين كانوا أئمة المذهب بمدينة الإسلام، يعزونه إليهم على الوجه الذي بينا، ويحكون عن شيوخهم الذين شاهدوهم ومسائل أصحابنا، وما عرفنا من مقالتهم فيها يوجب ذلك، وما أعلم أحدًا من أصحابنا وشيوخنا أنكر أن يكون ذلك من مذهبهم، إلا بعض من كان ههنا بمدينة الإسلام في عصرنا من الشيوخ، فإنه كان ينفي أن يكون القول بتخصيص العلة من مذاهبهم، وله مناكير في هذا الباب في أجوبة مسائلهم. انتهى.

وقال السرخسي في «أصوله» ٢/ ٢١٠: والحجة لعلمائنا في إبطال القول بتخصيص العلة الاستدلال بالكتاب والمعقول والبيان الذي لا يمكن إنكاره... إلخ.

(١) قال في «البحر» ٦/ ٢: وقد حققنا في «شرحنا على المنار» أن تقسيمهم الموانع مبنيٌّ على قول ضعيف للأصوليين، وهو جواز تخصيص العلل، وأما على الصحيح من أنه لا يجوز تخصيصها: فلا مانع لها أصلًا، ففي كل موضع عدم الحكم فإنما هو لعدم العلة، فتخلف الملك مع شرط الخيار إنما هو لعدم العلة؛ لأنه البيع بلا خيار، وقولهم فيما فيه خيار علة اسمًا ومعنًى لا حكمًا: مجاز على الصحيح؛ لأن الموجود فيه شطر العلة لا كلها؛ لأنها لا تتم إلا بأوصاف ثلاثة: أن تكون موضوعة، وأن تكون مؤثرة، وأن يوجد الحكم عقبها بلا تراخٍ، فما دام الخيار باقيًا لم تتم العلة، فإذا سقط=

مانِعٌ يَمنَعُ انعِقادَ العِلّةِ، كما إذا أضاف البَيعَ إلى حُرٍّ[1].

ومانِعٌ يَمنَعُ تَمامَ العِلّةِ، كما إذا أضافه إلى مال الغَيرِ[2].

ومانِعٌ يَمنَعُ ابتِداءَ الحُكمِ، كخِيار الشَّرطِ[3].

ومانِعٌ يَمنَعُ تَمامَ الحُكمِ، كخِيار الرُّؤيةِ[4].

ومانِعٌ يَمنَعُ لُزومَ الحُكمِ، كخِيار العَيبِ[5].

فقَدَّم خِيارَ الشَّرطِ على أنواعه لهذا[6].

=تمت، وتمامه في «تقرير» الأكمل في بحث تقسيم العلة إلى سبعة. انتهى.

(١) فلا ينعقد المبيع في الحر؛ لأنها لا تنعقد إلا في محلها، ومحل البيع المال والحر ليس بمال، فلا وجود للبيع أصلًا فيه، كانقطاع الوتَر يمنع أصل الرمي بعد القصد إليه. «الفتح» ٦/ ٢٩٨.

(٢) كإصابة السهم بعد الرمي حائطًا فرده عن سَنَنه. «الفتح» ٦/ ٢٩٨.

(٣) فإنه يمنع ثبوت حكمه، وهو خروج المبيع عن ملكه، على مثال استتار المرمى إليه بترس يمنع من إصابة الغرض منه. «الفتح» ٦/ ٢٩٨.

(٤) حتى لا تتم الصفقة بالقبض. الشلبي ٤/ ٢٤.

(٥) فثبوت خيار العيب يمنع لزوم الحكم، حتى يتمكن من رده بعد تمام الصفقة بالقبض. «أصول» السرخسي ٢/ ٢١٠.

(٦) فائدة وتوضيح: قال السرخسي في «أصوله» ٢/ ٢٠٩: ثم جعل القائل الموانع خمسة أقسام: ما يمنع أصل العلة، وما يمنع تمام العلة، وما يمنع ابتداء الحكم، وما يمنع تمام الحكم، وما يمنع لزوم الحكم، وذلك يتبين كله حسًّا وحكمًا، فمن حيث الحس: يتبين هذا كله في الرمي:

فإن انقطاع الوتر أو انكسار فُوق السهم: يمنع أصل الفعل الذي هو رميٌ بعد تمام قصد الرامي إلى مباشرته.

وإصابة السهم حائطًا أو شجرة ترده عن سننه: يمنع تمام العلة بالوصول إلى المرمى.

ودفع المرمي إليه عن نفسه بترس يجعله أمامه: يمنع ابتداء الحكم الذي يكون الرمي لأجله=

وخِيارُ الشَّرطِ وكذا وكذا: إضافاتٌ إلى أسبابِها[1].

خِيارُ الشَّرطِ جائِزٌ للبائِعِ، والمُشتري، ولهما.

الخِيارُ: ثَلاثةُ أيّامٍ فما دونَها؛ لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ لرَجُلٍ من الأنصارِ كان يُغبَن في البِياعات: «إذا بايَعتَ فقل: لا خِلابة، ولي الخِيارُ ثَلاثةَ أيّامٍ»[2].

قَولُه: (ولهما الخِيارُ ثَلاثةَ أيّامٍ) يَحتَمِلُ أن يكونَ مَعطوفًا على ما تَقدَّم، أي خِيارُ الشَّرطِ جائِزٌ لكُلِّ واحِدٍ منهما بانفِراده، ولهما معًا.

ويَحتَمِلُ أن يَكونَ ابتِداءَ كَلامٍ لبَيان مُدّةِ الخِيارِ[3].

=بعد تمام العلة بالوصول إلى المقصد، وذلك الجرح والقتل.

ومداواته الجراحة بعدما أصابه حتى اندمل وبرأ: يمنع تمام الحكم.

وإذا صار به صاحب فراش ثم تطاول حتى أمن الموت منه: يمنع لزوم الحكم، بمنزلة صاحب الفالج إذا تطاول ما به وأمن الموت منه كان بمنزلة الصحيح في تصرفاته... إلخ.

(١) وإضافة الخيار إلى الشرط على حقيقة الإضافة، وهي إضافة الخيار إلى سببه؛ إذ سببه الشرط، وحين ورد شرعيته جعلناه داخلًا في الحكم مانعًا من ثبوته؛ تقليلًا لعمله بقدر الإمكان، وذلك لأن عمله إثبات الحظر في ثبوت الملك، وبذلك يشبه القمار، فقللنا شبهه.

ولقائل أن يقول: القمار ما حرم لمعنى الحظر، بل باعتبار تعليق الملك بما لم يضعه الشرع سببًا للملك، فإن الشارع لم يضع ظهور العدد الفلاني في ورقة مثلًا سببًا للملك، والحظر طرد في ذلك لا أثر له.

نعم! يتجه أن يقال: اعتبرناه في الحكم تقليلًا بخلاف الأصل، وأما كونه فيه غرر وقد نهي عن بيع الغرر فذلك الغرر في المبيع، وهذا في أن الملك هل يثبت أوْ لا. «الفتح» ٦/ ٢٩٨.

(٢) رواه دون ذكر الخيار: البخاري (٢١١٧)، ومسلم (١٥٣٣)، ومعه: ابن ماجه (٢٣٥٥)، والدارقطني (٣٠١١)، وانظر «نصب الراية» ٤/ ٦.

(٣) أي تكون الجملة: ولهما الخيار ثلاثةَ أيام. =

قَوله: (فما دونَها) لبَيان أنَّه من المَقادير التي لا تَمنَعُ النُّقصانَ.

و(ثَلاثةٌ) بالرَّفع والنَّصبِ على الخَبَر والظَّرفِ.

رُوِي أنَّ حَبّانَ بنَ مُنقِذٍ كان يُغبَن في البِياعات، فشَكا أولياؤُه إلى رَسول اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقال رَسولُ اللهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «إذا بايَعت شيئًا فقل[1]: ها[2]»، وفي رِوايةٍ: «لا، ولا خِلابةَ[3]»[4].

وإنَّما لم يَذكُر اسمَه للاختِلاف فيه[5].

ولا يَجوزُ أكثَرَ من ثَلاثة أيَّامٍ عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ.

وقالا: يَجوزُ إذا سَمّى مُدّةً مَعلومةً؛ ليُمكِنَه التَّأمُّلُ فيها.

(ليُمكِنَه التَّأمُّلُ) الخِيارُ إنَّما شُرِع للحاجة إلى التَّأمُّل؛ ليَندَفِعَ الغُبنُ، وقد تَمَسُّ

= ورجحت الأول في المتن لأنه أفاد حكمًا آخر، ولو كان الثاني لكان إطنابًا وتأكيدًا.

(١) في سوى (هـ): إذا بايعت أو اشتريت فقل.

(٢) قال الخطابي في «معالم السنن» ٣/ ٦٧: ها وها: معناه التقابض، وأصحاب الحديث يقولون ها وها مقصورين، والصواب مدهما ونصب الألف منهما.

(٣) العبارة في (ز): أو اشتريت قلدها وفي رواية لا خيانة ولا خلابة.

ومعنى لا خلابة: أي لا خديعة، كما في «النهاية» لابن الأثير ٢/ ٥٨.

(٤) هذه الرواية رواها أبو داود (٣٥٠١) والترمذي (١٢٥٠) وابن ماجه (٢٣٥٤)، لفظ أبي داود: «إن كنت غير تارك البيع فقل: هاءَ وهاءَ ولا خلابة»، ولفظ الترمذي: «إذا بايعت فقل هاء وهاء، ولا خلابة»، ولفظ ابن ماجه: «إذا بايعت فقل: ها، ولا خلابة».

(٥) اختلف أهل الحديث فيمن هو صاحب القصة، قال الحافظ في «الفتح» ١/ ٢٨٠: هو حبان بن منقذ، كما رواه ابن الجارود والحاكم وغيرهما، وقيل: هو منقذ بن عمرو، كما وقع في ابن ماجه و«تاريخ» البخاري.

الحاجةُ إلى الأكثَر.

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: أن الخِيارَ يُنافي مُقتَضى العَقد، غيرَ أنه ثَبَت في الثَّلاث بالحَديث[1]، فيَبقى الباقي على أَصل القِياس.

وله: أنَّ مُقتَضى العَقدِ الالتزامُ واللُّزومُ[2]، وشَرطُ الخِيارِ يُنافيه، وكان القِياسُ أن لا يَجوزَ اشتِراطُ الخِيارِ في البَيع أصلًا، غيرَ أنّا تَركنا القِياسَ في الثَّلاث بالأثَر، فبَقِي الباقي على القِياس.

ولهذا قُلنا بأنَّ الشَّرطَ دَخَل على الحُكم دون السَّبَبِ؛ لأنَّ البَيعَ لا يَحتَمِلُ الخَطَرَ والتَّعليقَ؛ لِمَا أنَّ ذلك في الإثباتات يُؤدِّي إلى القِمار، وإنَّما ثَبَت الخِيارُ بخِلاف القِياسِ نَظَرًا، فلو دَخَل على السَّبَب: لتَعلَّق حُكمُه لا مَحالةَ، ولو دَخَل على الحُكم: لتُرِكَ سَبَبُه.

وهو ممّا يَحتَمِلُ الفَسخَ، فصَلَح التَّدارُكُ به، بأن يَصيرَ غيرَ لازِمٍ بأدنى الخَطَرَين؛ عَمَلًا بالقَضيّة الكُلِّيّة، وهو أنَّ الإثباتاتِ لا تَقبَلُ التَّعليقَ بقَدر الإمكانِ، ولهذا لو حَلَف لا يَبيعُ فباع بشَرط الخِيارِ: يَحنَثُ، بخِلاف ما إذا حَلَف لا يُطَلِّقُ فعَلَّق الطَّلاقَ: لا يَحنَثُ.

وخِيارُ البائِعِ يَمنَعُ خُروجَ المَبيعِ عن مِلكه؛ لأنه لَمّا بَقِي على الخِيار الذي كان له فوَجَب أن يَبقى المَبيعُ على مِلكه، كالابتِداء.

فإنْ قَبَضه المُشتَري فهَلَك: ضَمِن بالقيمة؛ لأنه قَبَضه لنَفسه، فصار كالمَقبوض

(١) أي بالحديث السابق.

(٢) في (و): الالتزام والإلزام.

على سَوم الشِّراء.

وخِيارُ المُشتَري لا يَمنَعُ خُروجَ المَبيعِ عن مِلك البائِع؛ لأن البَيعَ لازِمٌ في حَقِّه.

ولا يَملِكُه المُشتَري عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأن البائِعَ لا يَملِكُ الثَّمَنَ بالاتِّفاق، فكذا المُشتَري لا يَملِكُ المَبيعَ أيضًا؛ تَحقيقًا للعَدل.

وعندهما: يَملِكُه؛ لئلا يكونَ المَملوكُ بغير مالِكٍ.

قَولُه: (تَحقيقًا للعَدل) إذ لو مَلَكَ لاجتَمَع البَدَلانِ في مِلك رَجُلٍ واحِدٍ؛ حُكمًا للمُعاوَضة، وإنَّه لا يَجوزُ، ويَجوزُ أن يُوجَد خُروجٌ بلا دُخولٍ.

ألا ترى أنَّ مُتولِّي الكَعبةِ إذا اشتَرى عَبدًا لسِدانة الكَعبةِ فإنَّ المَبيعَ يَخرُجُ عن مِلك البائِعِ، ولا يَدخُلُ في مِلك أحَدٍ!

ولأنَّ هذا زَوالٌ مَوقوفٌ، إن انفَسَخ العَقدُ: تَبيَّن[1] أنَّه ليس بزَائِلٍ، وإن لم يَنفَسِخ: تَبيَّن[2] أنَّه زائِلٌ، فلا يَكونُ تَسييبًا؛ لأنَّ السَّائِبةَ عندَهم ما لا يُملَّك أصلًا، وهنا سَبَبُ المِلكِ ثابِتٌ في الحال، وحُكمُه مُتوَقَّعٌ.

ولأنَّه لَمّا تعارَض الدَّليلانِ: يَبقى ما كان على ما كان.

والحاصِلُ: أنَّ البَدَلَ الذي كان الخِيارُ من جِهَته لا يَخرُجُ[3] عن مِلكه بلا خِلافٍ، ويَخرُجُ البَدَلُ الآخَرُ من مِلك مَن لا خِيارَ له بلا خِلافٍ، والخِلافُ في الدُّخول بعد الخُروجِ.

---

(١) في (هـ): تيقن، وفي (ز): بين.

(٢) في (ز): بين.

(٣) في (هـ): لا بد يخرج.

فإن هَلَكَ في يَده: هَلَكَ بالثَّمَن؛ لأنه خَرَج عن مِلك البائِع بالثَّمن؛ لأنه رَضِي به، وكذلك إن دَخَله عَيبٌ فتَعذَّر ردُّه على البائِع.

قَولُه: (لأَنَّه رَضِي به) أي إنَّما رَضِي بخُروج المَبيعِ عن مِلكه بالثَّمَن، فلهذا[1] يَلزَمُه الثَّمَنُ، بخِلاف ما إذا كان الخِيارُ للبائِع، فإنَّه لم يَخرُج عن مِلكه ثَمَّ، وقد قَبَض المُشتَري لنَفسه، فصار كالمَقبوض على سَوم الشِّراءِ.

وفَرقٌ آخَرُ ذَكَره في «الهِداية»، فيعُرَفُ هناك[2].

ومَن شُرِط له الخِيارُ فله أن يَفسَخَ في مُدّة الخِيار، وله أن يُجيزَه، فإن أجازه بغير حَضرةِ صاحِبه: جاز، وإن فَسَخ: لم يَجُز، إلا أن يكونَ الآخَرُ حاضِرًا.

وعند أبي يوسف: يَجوزُ الفَسخُ وإن لم يَحضُر الآخَرُ؛ لأنه راضٍ به لَمّا أَثبَت الخِيارَ له.

ولهما: أن رَفْعَ العَقدِ كالعَقد، فلا يَقومُ بأحدهما.

(بغير حَضرةِ صاحِبه) أي بغير عِلمِه.

قَولُه: (لأَنّه راضٍ به) أي إنَّ[3] تَصرُّفَ الفَسخِ برِضا صاحِبه؛ لأنَّه لَمّا أثبَت الخِيارَ له فقد سَلَّطه عليه، فيَنفُذُ عليه، عَلِم في الحال أو لم يَعلَم، كالوَكيل بالفَسخ إذا فَسَخ، والوَكيلِ بالبَيع إذا باع.

---

(١) في (ز): فلا.

(٢) قال في «الهداية» ٣/ ٣٠: بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع، ووجه الفرق: أنه إذا دخله عيب يمتنع الرد، والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك، والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن، بخلاف ما تقدم؛ لأن بدخول العيب لا يمتنع الرد حكمًا بخيار البائع، فيهلك والعقد موقوف. انتهى.

(٣) مثبتة من (و).

والجَوابُ: أَنَّه إنَّما رَضِي به عند العِلمِ لا عند عدَمِه، وكيف يُقال: إنَّه مُسلَّطٌ وصاحِبُه لا يَملِكُ الفَسخَ؟! ولا تَسليطَ في غير ما يَملِكُه المُسلِّطُ!

قَولُه: (فلا يَقومُ بأحدِهما) كالإقالة وعَزلِ الوَكيلِ.

فإذا مات مَن له الخِيارُ: بَطَل خِيارُه، ولم يَنتَقِل إلى وَرَثَته.

وقال الشافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَنتَقِلُ إلى وَرَثَتِه؛ لأنه حَقٌّ قَوِيٌّ كالقِصاص.

لنا: أن البائِعَ رَضِي بأن يكونَ ذلك بِرِضا المُورِّثِ لا الوارِث.

والجَوابُ عن كَلام الشَّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّ الإرثَ إنَّما يَجري في الأعيان التي تَقبَلُ الانتِقالَ، دون الأوصافِ التي لا تَقبَلُها، والخِيارُ ليس إلا مَشيئةٌ[1] وإرادةٌ، فلا يُتصوَّرُ انتِقالُه.

وأمّا القِصاصُ فإنَّه غيرُ مَوروثٍ؛ لأنَّه وَجَب عند انقِضاءِ الحَياةِ، وعند ذلك لا يَجِبُ له إلا ما يَضطرُّ إليه لحاجَته، وهو لا يَصلُحُ لحَوائِج المَيْتِ، لكنَّه وَقَعت الجِنايةُ على حَقِّ أوليائِه من وَجهٍ؛ لانتِفاعهم بحَياته[2]، فأَوجَبنا القِصاصَ للوَرَثة ابتِداءً، والسَّبَبُ انعقَد للمَيْت، ولهذا صَحَّ عَفوُ الوارِثِ عنه قبل مَوتِ المَجروحِ.

وخِيارُ العَيبِ لا يُورَث، لكنَّ المَورثَ استَحَقَّ المَبيعَ سَليمًا، فكذا الوارِثُ.

وخِيارُ التَّعيينِ يَثبُتُ للوارِث ابتِداءً؛ لاختِلاط مِلكِه بمِلك الغَير، لا[3] أنَّه يُورَث.

---

(١) في (ز): بمشيئة.

(٢) في (هـ): لانتفاء حياته.

(٣) في (هـ): إلا.

ومَن باع عَبدًا على أنه خَبّازٌ أو كاتِبٌ، وكان بخِلاف ذلك: فالمُشتَري بالخِيار، إن شاء أَخَذه بجَميع الثَّمَن، وإن شاء رَدَّه[1]؛ لأنه فات الوَصفُ المَرغوبُ، ولم يَرضَ بالمَبيع إلا بذلك الوَصف. واللهُ أعلَمُ.

قَولُه: (ومن باع عَبدًا على أنَّه خَبّازٌ...) إلى آخِره: الأصلُ أنَّ من شَرَط صِفةً ثم وَجَد المَبيعَ بخِلافها، وتلك الصِّفةُ ممّا لا تَتفاوَتُ فيها الأغراضُ تَفاوُتًا فاحِشًا، كالذُّكورة والأنوثةِ في الحَيَوانات: فللمُشتَري الخِيارُ، وإن كان ممّا تَتفاوَتُ تَفاوُتًا فاحِشًا، كالذُّكورة والأنوثةِ في بَني آدمَ: يَفسُدُ[2] العَقدُ، واللهُ أعلَمُ.

---

(١) في (أ): ترك.

(٢) في نسخة الأصل: يبطل. والمثبت موافق لـ «شرح» الأقطع ٣/ ٤٥٦.

وزيادة في التوضيح أنقل ما ذكره الشلبي من هذا الكلام وغيره، حيث قال في «حاشيته» ٤/ ٢٣: قال الشيخ أبو نصر: والأصل في هذا أن من شرط صفة فوجد المبيع بخلافها وتلك الصفة مما يتفاوت فيها الأغراض تفاوتًا كثيرًا: فإن المشتري بالخيار، مثل أن يشتري حمارًا على أنه أتان فإذا هو ذكر، أو شاة على أنها نعجة فإذا هي فحل، ومسائل الكتاب من هذا الجنس، ووجه ذلك أنه وجد المبيع على خلاف الصفة التي شرطها، وله في الصفة غرض، فإذا فاته ثبت له الخيار، كما لو وجد بالمبيع عيبًا.

وأما إذا كانت الصفة تتفاوت فيها الأغراض تفاوتًا كثيرًا: فالعقد فاسد، وذلك مثل أن يبيعه دارًا على أن بناءها آجرّ فإذا هو لبِن، أو باعه شخصًا على أنه جارية فإذا هو عبد، فالبيع فاسد؛ لأنه اختلاف كثير، فهو بمنزلة الاختلاف في الجنس.

وأما إذا شرط صفة فوجدها زائدة: فهي للمشتري، مثل أن يشتري ثوبًا على أنه عشرة أذرع فوجده أحد عشر ذراعًا، وكذلك لو اشترى جارية على أنها ثيب فإذا هي بكر، فتكون الصفة الزائدة للمشتري، ولا خيار.

كمن اشترى عبدًا على أنه معيب فوجده صحيحًا. اهـ. =

بابُ خِيارِ الرُّؤيةِ

بابُ خِيارِ الرُّؤيةِ

إذا اشتَرى شَيئًا لم يَرَه: فالبَيعُ جائِزٌ.

وقال الشافعيّ: لا يَجوز؛ لأنه مَجهولٌ.

الشَّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ يَقولُ: المَقصودُ هو الماليّةُ، ومِقدارُ الماليّةِ لا يَصيرُ مَعلومًا إلا بالرُّؤية، والجَهلُ بمِقدار الماليّةِ بمَنزلة انعِدامِ الماليّةِ في إفساد العَقدِ، كبَيع الآبِقِ.

لنا: أنه مَعلومٌ بالإخبار.

وله الخِيارُ إذا رآه، إن شاء أَخَذه، وإن شاء رَدَّه؛ لقوله عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ: «من اشتَرى شَيئًا لم يَرَه فله الخِيارُ إذا رآه»(١).

= قال الكمال: وإن لم يجده كما شرط، وامتنع الرد بسبب من الأسباب، ورجع المشتري على البائع بحصته من الثمن، بأن يقوم العبد كاتبًا وغير كاتب: فيرجع بالتفاوت. اهـ.

وإنما لم يفسد العقد بهذا الشرط: لأنه من مقتضيات العقد، ألا ترى أن الوصف الذي شرطه لو كان موجودًا في المبيع لدخل في العقد من غير ذكر، وما هذا سبيله كان من مقتضيات العقد، كما إذا اشترى على أن يتملك المبيع أو على أن يسلمه البائع إلى المشتري. اهـ إتقاني. انتهى باختصار يسير.

(١) رواه الدارقطني (٢٨٠٥)، والبيهقي (١٠٤٢٦)، ورواه ابن أبي شيبة (١٩٩٧٤) من كلام=

لنا[1]: أنَّ الجَهالةَ إنَّما تُفسِدُ العَقدَ إذا كانت تُفضي إلى المُنازَعة، كما في شاةٍ من القَطيع، أمّا إذا لم تُفضِ إليها: فلا، كبَيع قَفيزٍ من الصُّبرة، والجَهالةُ بعَدَم الرُّؤيةِ لا تُؤدِّي إلى المُنازَعة بعدما صار مَعلومَ العَينِ، وإنَّما تأثيرُ هذه الجَهالةِ في انعِدام تَمامِ الرِّضاء به، وذلك شَرطُ لُزومِ العَقدِ، لا شَرطُ جَوازِه، فقُلنا بأنَّه غيرُ لازمٍ.

ومَن باع ما لم يَرَه: فلا خِيارَ له؛ لأن الشَّرعَ أَثبَت الخِيارَ في الشِّراء لا في البَيع.

البَيعُ ليس في مَعنى الشِّراء ليَثبُتَ الحُكمُ فيه دَلالةً؛ لأنَّ المُشتَرِيَ يَظُنُّه خَيرًا ممّا اشتَرى، فرَدَّه لفَوات الوَصفِ المَرغوبِ فيه، والبائِعُ لو رَدَّه لرَدَّ باعتِبار أنَّ المَبيعَ أزيَدُ مما ظَنَّه، فصار كما لو باع عَبدًا بشَرط أنَّه مَعيبٌ، فإذا هو صَحيحٌ.

وإن نَظَر إلى وَجه الصُّبْرة، أو إلى ظاهِر الثَّوبِ مَطويًّا، أو إلى وَجه الجارِية، أو وَجهِ الدّابة وكَفَلِها: فلا خِيارَ له.

المَقصودُ بالرُّؤية: مَعرِفةُ الصِّفاتِ المَقصودةِ، فإذا وَقَف على الكُلِّ برُؤية البَعضِ: صار كأنَّه رَأى الكُلَّ، إذا ثَبَت هذا فنَقولُ:

المَكيلُ إذا كان من جِنسٍ واحِدٍ فبِرُؤية بعضِها يُعرَف الجَميعُ، فاكتُفِي به.

وكذا النَّظَرُ إلى ظاهِر الثَّوبِ مما يُعرِّفُ البَقيّةُ، إلا إذا كان في طَيِّه[2] ما يَكونُ مَقصودًا، كمَوضِع العَلَمِ.

والوَجهُ هو المَقصودُ في بَني آدمَ، فيُستَغنى برُؤيَته عن بقيَّة الصِّفات.

=الحسن البصري، وانظر «نصب الراية» ٤/ ٩، و«الدراية» ٢/ ١٤٨.

(١) في (ز): له.

(٢) في (هـ) و(ز): ظنه.

وكلُّ واحِدٍ من الوَجه والكَفَلِ مَقصودٌ في الدَّوابِّ، فلا بُدَّ من النَّظَرِ إليهما، وبهذا يُعلَم أن الرِّوايةَ (وكفَلِها) بالواو[1].

وكذا لو رَأى صَحْنَ الدّارِ ولم يَرَ بُيوتَها؛ لأن الخِيارَ إنما أُثبِت لمن لم يَرَه، ومَن رَأى جُزءًا منه لا يَكونُ غيرَ راءٍ.

وعند زفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: تُشترَط رُؤيةُ داخِلِ البُيوتِ.

وأصحابُنا رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ قالوا: جَوابُ الكِتابِ على وِفاق عادةِ أهلِ الكُوفةِ[2]، فأمَّا اليومَ فصِفاتُ الدُّورِ مُختَلِفةٌ، فالنَّظَرُ إلى الظَّاهِرِ لا يُوقِعِ العِلمَ بالدَّاخل، فالصَّحيحُ ما قاله زفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ[3].

ولأنَّا لو أَوقَفنا سُقوطَ الخِيارِ على رُؤية جَميعِ الأَجزاء: يَبقى له الخِيارُ أَبدًا؛ لأن البَواطِنَ والدَّقائِقَ لا تُرى، فيوقَفُ على رُؤية المَقصودِ أو رُؤيةِ البَعض.

(رُؤيةِ المَقصودِ) كما في وَجه الجارِيةِ، والوَجهِ والكَفَلِ في الدَّوابِّ، أو[4] رُؤيةِ البَعضِ، كما في الصُّبْرة، وظاهِرِ الثَّوبِ، وصَحنِ الدَّارِ.

بَيعُ الأَعمى وشِراؤُه جائِزٌ، وله الخِيارُ إذا اشتَراه؛ لأنه لم يَرَه.

وسَقَط خِيارُه بجَسِّ المَبيعِ إن كان يُعرَفُ بالجَسّ، وبشَمِّه إن كان يُعرَف بالشَّمّ،

(١) أي ليست بـ (أو).

(٢) أي عادة أهل الكوفة وأهل بغداد في زمن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ. «البناية» ٨/ ٩١.

(٣) وفي «جامع الفصولين»: وبه يفتى. فالحاصل أن المؤلف رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ اختار قول زفر في الدار وكان ينبغي له اختياره في الثوب، فإن المختار قوله فيهما. «البحر» ٦/ ٣٢.

(٤) مثبتة من (و).

وبذَوقه إن كان يُعرَفُ بالذَّوق؛ ليَقومَ ذلك مَقامَ الرُّؤية.

ولا يَسقُطُ خِيارُه في العَقار حتى يُوصَفَ له؛ لأنه لا يوقَفُ عليه إلا بالوَصف، وقيل: بأنّه يَجُسُّ في العَقار.

الجَسُّ: اللَّمسُ باليَد للتَّعرُّف.

ومَن باع مِلكَ غَيره بغير أمره: فالمالِكُ بالخيار، إن شاء أَجاز البَيع، وإن شاء فَسَخ.

وقال الشافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَنعَقِد.

قال الشافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: تَصرُّفُ الفُضوليِّ لم يَصدُر عن وِلايةٍ شَرعيّةٍ؛ لأنَّها تَكونُ بالمِلك المُطلَقِ للتَّصرُّفات، أو بإذن المالِك الذي له وِلايةُ التَّصرُّفِ، ولم يُوجَد، أو[1] التَّصرُّفُ الشَّرعيُّ كما يَتوقَّفُ على الأهل والمَحَلِّ يَتوقَّفُ على الوِلاية الشَّرعيّةِ.

لنا: أن الانعِقادَ على وَجهٍ لا يَتَضَرَّرُ به المالِكُ، فوَجَب أن يكونَ صَحيحًا؛ اعتبارًا لتَصَرُّفهما.

وله الإجازةُ إذا كان المَعقودُ عليه باقِيًا والمُتعاقِدانِ بحالهما؛ لأن العَقدَ باقٍ، فتَلحَقُه الإجازةُ.

ولنا: أنَّه تَصرُّفٌ صَدَر من أهله مُضافًا إلى مَحلِّه، فوَجَب القَولُ بانعِقاده.

وهذا لأنَّ الأهليّةَ بالعَقل والتَّميزِ، والمَحلِّيّةَ بكون المالِ مُتقوِّمًا، وقد وُجِد، ولا ضَرَر فيه للمالِك؛ لأنَّه مُخيَّرٌ فيه، بل فيه نَفعٌ؛ حيث تَسقُطُ عنه مُؤنةُ طَلَبِ

(١) في (و): إذ.

المُشتَرى وقَرارِ الثَّمَنِ، وفيه نَفعُ المُتعاقِدَين؛ لصَون كلامِهما عن الإلغاء، فتَثبُتُ القُدرةُ الشَّرعيّةُ؛ تَحصيلًا لهذه الوُجوه.

على أنَّ الإذنَ ثابِتٌ دَلالةً؛ لأنَّ العاقِلَ يأذَنُ في التَّصرُّف النَّافِعِ.

فإن قيل: اعتِبارُ التَّصرُّفِ شَرعًا إنَّما هو لحِكمةٍ، ولم تُوجَد، فيَلغو.

قُلنا: بل يَثبُتُ حُكمٌ يَليقُ به، فإنَّه يَثبُتُ بالسَّبَب المَوقوفِ المِلكُ المَوقوفُ، كما يَثبُتُ بالسَّبَب الباتِّ المِلكُ الباتُّ، ولهذا لو أَعتَق المُشتَري، ثم أجاز المالِكُ: نَفَذ عَتقُه.

ومَن رَأى أحدَ الثَّوبينِ فاشتَراهما، ثم رأى الآخَرَ: جاز أن يَرُدَّهما؛ لأن رُؤيةَ أحدِهما لا تُسقِطُ الخِيارَ في الآخَر، فله رَدُّ غيرِ المَرئيّ، ورَدُّ الآخَرِ معه؛ لحَقِّ البائِع؛ لئلا يُؤَدِّيَ إلى تَفريق الصَّفْقةِ عليه.

تَفريقُ الصَّفقةِ قبل التَّمام لا يَجوزُ؛ لئلَّا يُؤدِّيَ إلى الضَّرَر للبائِع؛ لأنَّ ضَمَّ الجَيِّدِ إلى الرَّديء عادةٌ جاريةٌ فيما بين التُّجارِ، فلو رَدَّ غيرَ المَرئيِّ خاصّةً: لَتَضرَّر به البائِعُ، فلِدَفع الضَّرَرِ عنه إمّا أن يَرُدَّهما أو يُمسِكَهما.

وهذا لأنَّ خِيارَ الرُّؤيةِ يَمنَعُ تَمامَ الصَّفقةِ، كخِيار الشَّرطِ؛ لأنَّهما يُثبِتان الخَلَلَ في الرِّضا فيما يَتعلَّقُ لُزومُه بالرِّضاء.

ومَن مات وله خِيارُ الرُّؤية: بَطَل خِيارُه؛ لأن الخِيارَ كان له.

قَولُه: (لأنَّ الخِيارَ كان له) أي يَحتَمِلُ أن يكونَ مَعناهُ: لأنَّ الخِيارَ كان ثابِتًا للمُشتَري بالنَّصِّ[1]، والوارِثُ ليس بمُشتَرٍ، فلا يَثبُتُ له الخِيارُ.

---

(١) أي حديث: «من اشتَرى شَيئًا لم يَرَه فله الخِيارُ إذا رآه».

ويَحتَمِلُ أن يكونَ معناه: أنَّ الخِيارَ عِبارةٌ عن المَشيئة والإرادةِ، وهو صِفةٌ للمُشتَري، ولم تَبقَ صِفَتُه بمَوته، فلم يَبقَ الخِيارُ.

ومَن رَأى شَيئًا ثم اشتَراه بعد مُدّةٍ.. فإن كان ذلك الشَّيءُ على الصِّفة التي رَآه: فلا خِيارَ له؛ لأنه اشتَرى شَيئًا رَآه، وإن وَجَدَه مُتَغيِّرًا: فله الخِيار؛ لأنه اشتَرى شَيئًا لم يَرَه؛ لأنه بالتَّغيُّرِ صار شَيئًا آخَرَ.

قَولُه: (لأنَّ بالتَّغيُّر صار شيئًا آخَرَ) لِما عُرِف أنَّ باختِلاف الأسبابِ تَتبَدَّلُ المُسبَّباتُ -وإنَّها صِفةٌ حُكميّةٌ- فبالصِّفة الحَقيقيّةِ لَأنْ تَتبدَّلَ[1] العَينُ أَولى، واللهُ أعلَمُ.

---

(١) في (و): فبالصفة الحكمية لا تتبدل.

بابُ خِيار العيب

باب خِيار العَيبِ

إذا اطَّلَع المُشتَري على عَيبٍ بالمَبيع كان عند البائع: فهو بالخِيار، إن شاء أَخَذه بجَميع الثَّمَن، وإن شاء رَدَّه؛ لأنه ما رَضِيَ إلا بالسَّليم بدَلالة الحال.

قَولُه: (بدَلالة الحالِ) لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما صاحِبُ عَقلٍ وتَمييزٍ، فأبى أن يَغبِنَ أو يُغبَنَ؛ إذ المَغبونُ ليس بمَحمودٍ ولا مَأجورٍ.

والمُرادُ عَيبٌ كان عند البائِع، ولم يَره المُشتَري عند البَيعِ ولا عند القَبضِ؛ لأنَّ ذلك رضًا به.

وليس له أن يُمسِكَه ويَأخُذَ النُّقصانَ؛ لأن الفائِتَ وَصْفٌ، فلا يُقابِلُه شيءٌ من الثَّمن إلا عند الضَّرورة.

الأوصافُ لا يُقابِلُها شيءٌ من الثَّمَن: لأنَّه لا يَخلو: إمّا أن يُقابَل بالوَصف والأصلِ، أو بالأوَّل دون الثّاني، أو بالثّاني دون الأوَّل، لا يَجوزُ الأوَّلُ[1] والثّاني[2]؛

(١) وهو المقابلة بالأصل والوصف.

(٢) وهو المقابلة بالوصف.

لِئلّا يُؤدِّيَ إلى مُزاحَمة التَبَعِ الأصلَ، فتَعيَّنَ الثَّالثُ[1].

ولأنَّ الثَّمَنَ عينٌ، فيَكونُ مُقابَلًا بالعَين دون الوَصفِ.

ولأنَّ الوَصفَ عَرَضٌ غيرُ[2] مُتقوِّمٍ، فلا يُقابِلُه ما هو مُتقوِّمٌ.

(إلا عند الضَّرورةِ) بأن حَدَثَ عند المُشتَري عَيبٌ، أو يَزيدَ في يده زِيادةً مُتَّصِلةً، أو مُنفَصِلةً.

وكلُّ ما أَوجَب نُقصانَ الثَّمَنِ في عادة التُّجّارِ: فهو عَيبٌ.

(وكلُّ ما أَوجَب نُقصانَ الثَّمَنِ...) إلى آخِره: الغَرَضُ من البَيع: الاستِرباحُ، وذلك بالماليّة، فما يُنقِصُ الماليّةَ فهو يُورِثُ خَلَلًا في المَقصود، فكان عَيبًا يُرَدُّ به.

والإِباقُ، والبَولُ في الفِراش، والسَّرِقةُ: عَيبٌ بالصَّغير ما لم يَبلُغ.

فليس ذلك الماضي بعَيبٍ حتى يُعاوِدَه بعد البُلوغ، فيكونُ عَيبًا آخَرَ؛ لأن سَبَبَ هذه الأشياءِ الثَّلاثةِ تَختَلِفُ في الصِّغَر والكِبَر.

المُرادُ من الصَّغير: من يَعقِلُ، فأمَّا الذي لا يَعقِلُ -بأن لا يَأكُلَ وَحدَه، ولا يَشرَبَ وحدَه، ولا يَلبَسَ وحدَه-: لا يَكونُ ذلك عَيبًا فيه؛ لأنَّه يَضِلُّ ولا يَأبِقُ؛ لأنَّ الإباقَ إنَّما يَكونُ عن قَصدٍ، وهو ليس من أهله.

والبَولُ في الفِراش كذلك في الصَّغير[3] جِدًّا لا يَكونُ عَيبًا؛ لعَدَم القَصدِ، وضَعفِ البِنية.

---

(١) وهو المقابلة بالأصل.

(٢) سقطت من (ز).

(٣) في (و): الصغر.

قَولُه: (فإذا بَلَغ فليس ذلك الماضي بعَيبٍ...) إلى آخِره: مَعنى هذه الجُملةِ: أنه إذا أَبَق عند البائِعِ في صِغَره، فباعه، فأبَق عند المُشتَري في صِغَره: فهو عَيبٌ يُرَدُّ به، وكذلك في السَّرِقة والبَولِ في الفِراش، يعني إذا وُجِد ذلك عند البائِعِ في صِغَره، ثم وُجِد ذلك عند المُشتَري في صِغَره: فهو عَيبٌ يُرَدُّ به.

أمّا إذا وَجَد شيئًا من هذه الأشياءِ في صِغَره، ثم باعه، فوُجِد عند المُشتَري شيءٌ من هذه الأشياءِ بعد البُلوغِ: فلا يَرُدُّه.

أمّا إذا وُجِد شيءٌ من هذه الأشياءِ -يعني بعد البُلوغِ- ثم وُجِد عند المُشتَري: فإنَّه يَرُدُّه، هذا حاصِلُ ما ذَكَره فَخرُ الإسلامِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ في «مَبسوطه».

قَولُه: (حتى يُعاوِدَه بعد البُلوغِ) أي حتى يُعاوِدَه بعد البُلوغِ في يد البائِع، ثم يَبيعَه فيُعاوِدَه في يد المُشتَري، فحَينئذٍ يَكونُ عَيبًا يُرَدُّ به.

قَولُه: (لأنَّ سَبَبَ هذه الأشياءِ يَختَلِفُ بالصِّغَر والكِبَرِ) اعلَم أنَّ وُجودَ العَيبِ عند البائِعِ شَرطٌ لاستِحقاق الرَّدِّ؛ لأنَّ المُشتَرِيَ شَرَط عليه أن يُسلِّمَه سَليمًا عن العَيب، فلا بُدَّ من وُجودِه أيضًا عند المُشتَري.

فالحاصِلُ أنَّه يُشتَرَط فيه شَيئانِ: مُعاوَدةُ العَيبِ في يد المُشتَري، والثّاني مُعاوَدةُ عينِ ذلك العَيبِ، فلَمّا كان سَبَبُ الإباقِ، والبَولِ في الفِراش، والسَّرِقةِ في حالة الصِّغَرِ مُخالِفًا لسَبَب هذه العُيوبِ بعد البُلوغِ: لم يَتَّحِد العَيبُ[1]، فلا يَكونُ له وِلايةُ الرَّدِّ.

بَيانُه: أنَّ الإباقَ في الصِّغَر سَببه سُوءُ الأدَبِ، وحُبُّ اللَّعِب، وبعد البُلوغِ سَبَبُه التَّمرُّدُ، وقِلّةُ المُبالاةِ بالمَولى.

---

(١) في (هـ): البيع.

والسَّرِقةُ قبل البُلوغِ لِقِلّةِ التَّأمُّلِ في عَواقِبِ الأمورِ؛ لنُقصانِ العَقلِ، وبعد البُلوغِ لخُبثٍ في الباطِنِ، وعَدَمِ الدِّيانةِ.

والبَولُ في الفِراشِ في الصِّغَر: لضَعفٍ في المَثانة، وبعد البُلوغِ لدَاءٍ في الباطِنِ.

فإذا اتَّحَد الحالُ: دَلَّ ذلك على اتِّحاد السَّبَبِ، وإذا اختَلَفَ: دَلَّ ذلك على اختِلاف السَّبَبِ؛ لأنَّ اختِلافَ الأسبابِ دَليلُ اختِلافِ المُسبَّبات، فكأنَّه اختَلَفَ العَيبُ حَقيقةً، ولو كان كذلك -بأن وُجِد عَيبٌ آخَرُ-: لا يَتمكَّنُ من الرَّدِّ، فكذا هنا.

والبَخَرُ والدَّفَرُ عَيبٌ في الجارِية؛ لأنه يُخِلُّ بخِدمَتها، وليس بعَيبٍ في الغُلام؛ لأنه لا يُقَرَّب للخِدمة، إلا إذا كان من داء.

البَخَرُ: نَتْنُ رائِحةِ الفَمِ، **والدَّفَرُ**: رائحةٌ مُؤذيةٌ، تَجيءُ من الإبْط، كذا في «المَبسوط».

وفي «المُغرِب»: الدَّفَرُ: مَصدَرُ دَفِر، إذا خَبُثَت رائِحَتُه، وبالسُّكون: النَّتْنُ، وأمّا الذَّفَرُ بالذَّال المُعجَمةِ: فبالتَّحريك لا غيرُ، وهو حِدّةُ الرَّائِحةِ، أيِّ رائِحةٍ كانت، وهو مُرادُ الفُقَهاءِ في قَولهم: والبَخَرُ والدَّفَرُ عَيبٌ، وهكذا في الرِّواية(١).

قَولُه: (لأنَه يُخِلُّ بخِدمتها) لأنَّها تُشتَرى للوَطء والاستِخدامِ عن قُربٍ.

والزِّنى ووَلَدُ الزِّنى عَيبٌ في الجارِية دون الغُلام؛ لأن الجارِيةَ تُشتَرى للنَّسل، ويُعَيَّر الوَلَدُ بذلك، بخِلاف الغُلام.

(ووَلَدُ الزِّنى) بأن اشتَرى جاريةً، وظَهَر أنَّها وَلَدت من الزِّنى، له الرَّدُّ.

---

(١) أي رواية المسألة عن أئمتنا، وانظر «البناية» ٨/ ١٠٥ و«الفتح» ٦/ ٣٦٠، ولعل المقصود بالتحديد رواية «المختصر» للقدوري.

إلا إذا نَقَص ممّا قَبَض، فلو أُمِر بالرَّدِّ لتضرَّر البائِعُ به، ولا بُدَّ من دَفع الضَّرَرِ عن المُشتَري، فتَعيَّن الرُّجوعُ بالنُّقصان، إلا أن يَرضى البائِعُ بالنُّقصان؛ لأنَّ الامتِناعَ لحَقِّه؛ لئلا يَتضرَّرَ به، وقد رَضِي بالضَّرَر.

وإذا حَدَث عند المُشتَري عَيبٌ، فاطَّلَع على عَيبٍ آخرَ كان عند البائِع: فله أن يَرجِعَ بنُقصان العَيب ضَرورةً؛ لتَعذُّر الرَّدِّ بالعَيب الحادِث، ولا يَرُدُّ المَبيعَ؛ لأنه لا يُمكِنُه رَدُّه إلا أنقَص مما قَبَض، إلا أن يَرضى البائِعُ أن يَأخُذَه بعَيبٍ.

وإن قَطَع الثَّوبَ وخاطَه، أو صَبَغه، أو كان سَويقًا فلَتَّه بسَمْنٍ، ثم اطَّلَع على عَيبٍ: رَجَع بنُقصانه؛ لتَعذُّر الرَّدِّ لحَقِّ الشَّرع، وليس للبائِع أن يَأخُذَه؛ لمَكان الزِّيادة.

قَولُه: (لحَقِّ الشَّرعِ) هذا الحَرفُ يُشيرُ إلى أنَّه ليس للبائع أن يَأخُذَه، بخِلاف ما تَقدَّم؛ لأنَّ الامتِناعَ هناك لحَقِّ البائِع، وحَقُّ الإنسانُ ما يَتولّى إسقاطَه وإثباتَه، فجاز أن يُسقِطَ حَقَّه، أمّا ههنا الامتِناعُ لحَقِّ الشَّرعِ؛ لأنَّه يَصيرُ رِبًا، فلا يَكونُ له وِلايةُ الأخذِ وإن رَضيا به.

ومَن اشتَرى عَبدًا فأعتَقَه، أو مات، ثم اطَّلَع على عَيبٍ: رَجَع بنُقصانه؛ لتَعذُّر الرَّدّ.

فإن قَتَل المُشتَري العَبدَ، أو كان طَعامًا فأكَلَه: لم يَرجِع بشيءٍ في قول أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ.

وعندهما: يَرجِعُ بنُقصان العَيب؛ لتَعذُّر الرَّدّ.

لأبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّ تَعذُّرَ الرَّدِّ بفِعل المُشتري، فلا يَظهَرُ في حقِّ البائِع، فلا يَجوزُ المَصيرُ إلى النُّقصان بالعَيب.

الأصلُ أنَّ امتِناعَ الرَّدِّ إذا كان بِفِعلٍ مَضمونٍ من المُشتَري بَطَل حَقُّه في الرُّجوع بالنُّقصان، كما إذا باع من غيره وسَلَّمَ، أو قتَل؛ لأنَّ القَتلَ أو البَيعَ والتَّسليمَ فِعلٌ مَضمونٌ في مِلك الغَيرِ، وإذا امتَنَع الرَّدُّ لا بِفعلٍ من جِهته -كما إذا هَلَك في يَده- أو بِفعلٍ غيرِ مَضمونٍ: له حَقُّ الرُّجوعِ بالنُّقصان.

وهذا لأنَّه متى كان مَضمونًا كان مُمسِكًا للمَبيع، إمّا بإمساك بَدَلِه، أو بإمساك غيرِه قائِمًا مَقامَه، فصار كالمُمسِك له حَقيقةً، ومِن شَرط الرُّجوعِ بالنُّقصان: أن لا يَكونَ مُمسِكًا إيَّاه، وإذا لم يَكُن مَضمونًا: لا يَكونُ مُمسِكًا، فله وِلايةُ الرُّجوعِ.

إذا ثَبَت هذا فنَقولُ: القَتلُ فِعلٌ مَضمونٌ، وكذا الأكلُ؛ لأنَّه لو باشَرهما في مِلك الغَيرِ: كان مُوجِبًا للضَّمان، وإنَّما استَفاد البَراءةَ عن الضَّمان هنا بمِلكه فيها، فصار الضَّمانُ كالسَّالِم له معنًى، فكأنَّه باعها، فأمّا العِتقُ فليس من أسباب الضَّمانِ؛ لأنَّه أمرٌ لا يَصِحُّ في غير المِلكِ، فلا يُمكِنُ تَصويرُ الضَّمانِ هنا، حتى يَصيرَ كالسَّالِم له مَعنًى.

وهذا لأنَّ الإعتاقَ فِعلٌ شَرعيٌّ يَعتَمِدُ وُجودُه المِلكَ، والقَتلَ فِعلٌ حِسّيٌّ، فلا يُتصوَّرُ في المِلك وفي غيره.

فعُلِم بهذا التَّقريرِ: أنَّ قَولَه في الكِتاب: (الرَّدُّ تَعذَّر بِفعل المُشتري) أي بفِعلٍ مَضمونٍ من المُشتَري، حتى يَقَعَ الفَرقُ بينَه وبين الإعتاقِ.

ويُحتَمَلُ أن يُقال: بأنَّ الإعتاقَ إزالةٌ للرِّقِّ قَصدًا، ثم يَنعَدِمُ المِلكُ حُكمًا ضَرورةً، فقد شُرِط بَقاؤُه، فيَنتَهي عندَه المِلكُ الذي هو صِفةُ المَحلِّ انتِهاءً، فصار كأنَّه مات حَتْفَ أنفِه.

واعلَم أنَّ أبا يوسفَ ومحمَّدًا رحمهما الله إنَّما يُخالِفانه في الطَّعام لا في القَتل.

ومن باع عَبدًا فباعه المُشتَري، ثم رُدَّ عليه بعَيبٍ.. فإن قَبِلَه بقَضاء القاضي: فله أن يَرُدَّه على البائع الأَوَّل؛ لأن البيعَ الثَّانيَ انفَسَخ بحُكم القاضي، وإن قَبِلَ بغير قَضاءِ القاضي: فليس له أن يَرُدَّه؛ لأنه بَيعٌ جَديدٌ، فقد مَلَكَه المُشتَري مِلكًا آخَر.

(فإنْ قَبِلَه بقَضاء القاضي) سَواءٌ بإقرارٍ، أو ببيِّنةٍ، أو بإباءِ يَمينٍ.

قَولُه: (لأنَّ البَيعَ الثَّانِيَ انفَسَخ) أي مُطلَقًا؛ لأنَّ للقاضي وِلايةً عامّةً، فارتَفَع سَبَبُ الزَّوالِ عن مِلكه، وعاد إلى قَديمِ مِلكِه، وجُعِل كأنَّ البَيعَ لم يَكُن.

ولهذا لا يَستَحِقُّ الشَّفيعُ الشُّفعةَ؛ لأنَّها تكونُ في إنشاء العَقدِ.

بخِلاف ما إذا قَبِله بغير قَضاءٍ؛ لأنَّه بَيعٌ جَديدٌ في حَقِّ ثالِثٍ؛ لوُجود حَدِّ البَيعِ، وهو مُبادَلةُ المالِ بالمال على سَبيل التَّراضي، وإن جُعِل فَسخًا في حَقِّهما، ومتى جُعِل كالبَيع الجَديدِ في حَقِّ البائِعِ الأوَّلِ: تَعذَّر عليه الرَّدُّ.

ومُرادُه الرَّدُّ بالعَيب بعد القَبضِ؛ لأنَّ فِعلَه فَسخٌ من الأصل، وإن كان بغير قَضاءٍ.

فالحاصِلُ: أنَّ الرَّدَّ بخِيار[1] الرُّؤيةِ والشَّرطِ فَسخٌ قبل القَبضِ وبعدَه، والرَّدَّ بخِيار العَيبِ فَسخٌ قبل القَبضِ، سَواءٌ كان بالقَضاء أو بالرِّضاء، وبعد القَبضِ يَكونُ فَسخًا إن كان بالقَضاء في حَقِّ الكافَّة، وإن كان بالتَّراضي يَكونُ فَسخًا في حَقِّهما لا غير.

ومن اشتَرى عَبدًا وشَرَط البَراءةَ من كلِّ عَيبٍ: فليس له أن يَرُدَّهُ بعَيبٍ؛ لوُجود البَراءةِ من كلِّ عَيبٍ، وكذا لو لم يُسَمِّ العُيوبَ.

---

(١) في (و): بخلاف.

قَولُه: (وكذا لو لم يُسَمِّ العُيوبَ): معنى الأوَّلِ: أنَّه سَمَّى العُيوبَ بعَدَدها، بأن قال: بَرِئت من هذا العَيبِ، ومن هذا، وهذا.

ومعنى الثَّاني: أنَّه ذَكَر البَراءةَ من كلِّ عَيبٍ، ولم يُسَمِّ العُيوبَ بعدَدها.

وإنَّما جاز هذا الشَّرطُ: لأنَّه شَرطٌ يَقتَضيه العَقدُ؛ لأنَّ غَرَضهما من هذا الشَّرطِ انبرامُ[1] العَقدِ ولُزومُه، فصَحَّ، كما إذا نَصَّا على مُوجَب هذا الشَّرطِ، واللهُ أعلَمُ.

(١) في (ز): التزام.

بابُ البيعِ الفاسد

بابُ البَيعِ الفاسدِ

البَيعُ نَوعان: صَحيحٌ وفاسِدٌ.

فالصَّحيحُ نَوعان: لازِمٌ وغيرُ لازِمٍ، وقد مَرَّ النَوعان.

ثم شَرَّع في الفاسِد وأَخَّره: لأنَّ الصَّحيحَ هو الأصلُ.

والفَسادُ على نَوعَين: قَويٌّ في صُلب العَقدِ، وضَعيفٌ، وهذا البابُ لبَيانهما[1].

إذا كان أَحَدُ العِوَضين أو كلاهُما مُحَرَّمًا: فالبَيعُ فاسِدٌ.

كالبَيع بالمَيْتة، أو بالدَّم، أو بالخِنزير، أو بالخَمر.

وكذلك إذا كان غيرَ مَملوكٍ، كالحُرّ، وبَيعِ أُمِّ الوَلَد، والمُدَبَّرِ، والمُكاتَبِ؛ لأن التَّمليكَ لا يُتَصَوَّرُ إلا بالبَيع بالخَمر والخِنزير؛ لأنه يكون فاسِدًا.

وما سِوى ذلك: فالبَيعُ باطِلٌ.

قال: (أحدُ العِوضَين) ذَكَره بطَريق التَّغليبِ؛ لأنَّ أحدَهما مُعوَّضٌ.

---

(١) في (هـ) و(ز): لبيانها.

والفاسِدُ أعَمُّ من الباطِلِ؛ لأنَّ كلَّ باطِلٍ فاسِدٌ، ولا يَنعَكِسُ، فلذلك اختارَه؛ لأنَّه ذَكَر فُصولًا في بعضها البَيعُ باطِلٌ، وفي بعضها البَيعُ فاسِدٌ.

فالبَيعُ بالمَيْتة والدَّمِ باطِلٌ؛ لانعِدام حَدِّ البَيعِ، وهو مُبادَلة المالِ بالمال، فإنَّ المَيْتةَ والدَّمَ ليسا بمالٍ عند أحَدٍ، فكان هذا بَيعًا تَسميةً لا حَقيقةً، فيَكونُ باطِلًا.

والبَيعُ بالخَمر والخِنزيرِ فاسِدٌ؛ لوُجود حَدِّ البَيعِ وهو مُبادَلةُ المالِ بالمال؛ فإنَّه مالٌ، وإن كان لا قِيمةَ له؛ لأنَّ الماليّةَ إنَّما تَثبُتُ بتَموُّلِ النَّاسِ كافّةً، أو بتَموُّلِ البَعضِ، والقيمةُ إنَّما تَثبُتُ بإباحة الانتِفاعِ به شَرعًا، وتَموُّلِ النَّاسِ به كافّةً.

وهذا لأنَّ الباطِلَ ما كان فائِتًا بأصله ووَصفِه، والفاسِدَ ما كان فائِتًا بوَصفه دون أصلِه، مَأخوذٌ من قَولهم: (بَطَلَ اللَّحمُ) إذا دَوَّد وسَوَّس وصار بحَيثُ لا يُمكِنُ الانتِفاعُ به، و(فَسَد اللَّحمُ) إذا أنتَن ويُمكِنُ الانتِفاعُ به.

ولَمّا كانت المَيْتةُ والدَّمُ لا ماليّةَ فيهما: فلا يَتحَقَّقُ الانتِفاعُ بهما ضَرورةً، ولَمّا كانت الخَمرُ والخِنزيرُ ممّا يتَمَوَّلُهما البَعضُ: كانا مُنتَفعَين.

واعلَم أنَّ الباءَ تَصحَبُ الآلاتِ والأتباعَ، كما يقال: (كتَبتُ بالقَلَم)، والأثمانُ بمَنزلة الشُّروطِ والأتباعِ، ألا ترى أنَّ البَيعَ يَجوزُ وإن لم يَكُن الثَّمَنُ مَوجودًا، ولا يَجوزُ البَيعُ عند عَدَمِ المَبيعِ إلا في مَوضِعٍ خاصٍّ وهو السَّلَمُ! فلذلك قال:

(كالبَيع بالمَيْتة أو بالدَّم[1]) لأنَّه لَمّا بَطَل البَيعُ بجعَل المَيْتةِ والدَّمِ ثَمَنًا لَأنَّ يَبطُلَ بجَعلهما مَبيَعا أَولى.

والفَسادُ في الخَمر والخِنزيرِ إنَّما يَكونُ إذا جَعَلهما ثَمَنًا، أما إذا جَعَلهما مَبيعًا:

(١) في (و): بالميتة والدم.

يَبطُلُ؛ لأنَّه متى جَعَلهما ثَمَنًا: فالثَّمَنُ غيرُ مَقصودٍ، وإنَّما المَقصودُ هو المَبيعُ، فلا يَكونُ فيه إعْزازُهما، فلا يَبطُلُ، ومتى جَعَلهما مَبيعًا: صارا مَقصودَينِ، فيَكونُ فيه إعْزازُهما، وهو مَأمورٌ بإهانتهما، فيَبطُلُ.

قَولُه: (وبَيعِ أمِّ الوَلَدِ) تَقديرُ الكَلامِ: كبَيعِ الحُرِّ وَبيعِ أمِّ الوَلَدِ، ولو قُلتَ بالرَّفع على حَذف الخَبَرِ يَجوزُ، ويَكونُ مُوافِقًا لِما ذُكِر في «المُختَصَر» و«الهِدايةِ»[1]، ويَكونُ التَّقديرُ: وبَيعُ أمِّ الوَلَدِ والمُدبَّرِ والمُكاتَبِ.. فاسِدٌ.

ثم اعلَم أنَّ بَيعَ أمِّ الوَلَدِ، والمُدبَّرِ، والمُكاتَبِ.. باطِلٌ، على ما اختاره فخرُ الإسلامِ، وصاحِبُ «الهِدايةِ»[2] رحمهما الله[3]، وإليه مال المُصنِّفُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وذَكَر شمسُ الأئمَّةِ السَّرَخسِيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ في «المَبسوط» و«أُصولِ الفِقهِ»: أنَّه فاسِدٌ.

ولا يَجوزُ بَيعُ السَّمَكِ قبل أن يُصطاد، ولا بَيعُ الطَّيرِ في الهَواء، ولا بَيعُ الحَمْل

(١) قال القدوري في «مختصره» ص٨٣: إذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرمًا: فالبيع فاسد، كالبيع بالميتة أو بالدم أو بالخمر أو بالخنزير، وكذلك إذا كان غير مملوك كالحر، وبيع أم الولد والمدبر والمكاتب فاسد. انتهى، ووجه الرفع فيه ظاهر لبناء الجملة على المبتدأ والخبر، فلا وجه لعطفه على الحر.

وقال في «الهداية» ٣/ ٤٣: قال: وبيع أم الولد والمدبر والمكاتب فاسد. انتهى، والرفع ظاهر أيضًا.

(٢) حيث قال في «الهداية» بعد الجملة المارة آنفًا: ... فاسد ومعناه باطل؛ لأن استحقاق العتق قد ثبت لأم الولد؛ لقوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «أعتقها ولدها»، وسبب الحرية انعقد في المدبر في الحال لبطلان الأهلية بعد الموت، والمكاتب استحق يدًا على نفسه لازمةً في حق المولى، ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله فلا يجوز.

(٣) في (هـ) زيادة: فقد ذكر في «المبسوط» في باب الاستبراء: أن بيع أم الولد والمدبر لا حكم له.

قبل النِّتاج، ولا بَيعُ اللَّبَنِ في الضَّرعِ؛ لأنه مُحتَمَلٌ، وهو من جُملة الغَرَر[1].

الحَمْلُ: ما يَكونُ في البَطن، والنِّتاجُ: اسمٌ للمَنتوج، والمُرادُ: نِتاجُ الحَمْلِ، وهو حَبَلُ الحُبلى.

قَولُه: (لأَنَّه مُحتَمَلٌ) لاحتِمال أَنَّه انتِفاخٌ وليس بلَبَنٍ ولا حَمْلٍ، والاحتِمالُ في الطَّير والسَّمَكِ أظهَرُ.

الغَرَرُ: ما يَكونُ مَستورَ العاقِبةِ، وهو مَنهِيٌّ عنه[2]؛ لأَنَّه لا يُمكِنُ تَسليمُه إلا بضَررٍ، والتِزامُه الضَّرَرَ غيرُ مُعتبَرٍ؛ لأنَّ الالتِزامَ بدون العَقدِ لا يَكونُ لازِمًا، والعَقدُ ما أَوجَب عليه ضَرَرًا، فيَتمَكَّنُ من الرُّجوعِ، ولا يَرضى به، فتَتحَقَّقُ المُنازَعةُ.

والصَّوفِ على ظهر الغَنَم؛ لأنه لا يُعلَم مَوضِعُ القَطع.

والذِّراعِ من الثَّوب، والجِذْعِ في السَّقَف؛ لأنه لا يُمكِنُ تَسليمُه إلا بضَرَرٍ.

وضَربةِ القانِص؛ لأنه مَجهولٌ.

ضَربةُ القانِصِ[3]: ما يَخرُجُ من الصَّيد بضَرب الشَّبَكةِ مَرّةً، وفي «التَّهذيب»: ضَربةُ القانِصِ[4] وهو أن يَقولَ للتَّاجِر: أَغوصُ لك غَوصةً، فما أَخرَجتُ فهو لك بكذا.

---

(١) وقد روى حديث مسلم (١٥١٣) عن أبي هريرة قال: نهى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر.

(٢) روى مسلم (١٥١٣) عن أبي هريرة قال: نهى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر.

(٣) في (و): الغائض، وفي (هـ) غير منقوطة.

(٤) في (و): الغائض.

وبَيعُ المُزابَنةِ لا يَجوز، وهو: بَيعُ التَّمرِ على النَّخل بخَرْصه تَمرًا.

الزَّبْنُ: الدَّفعُ، وإنما سُمِّي هذا النَّوعُ به: لأنَّه يُؤَدّي إلى النِّزاع والدِّفاعِ.

قَولُه: (بخَرْصه) أي بحَرزه.

(تَمرًا) أي تَمرًا مَجذوذًا[1].

ولا يَجوزُ البَيعُ بإلقاء الحَجَرِ والمُلامَسة؛ لأنه تَعليقُ التَّمليكِ بخَطَرٍ، فيكون قِمارًا.

قَولُه: (ولا يَجوزُ البَيعُ بإلقاء الحَجَرِ والمُلامَسةِ) وهو أن يَتساوَمَ الرَّجُلانِ على سِلعةٍ، فإذا لَمَسها المُشتَري أو وَضَع عليها حصاةً: لَزِم البَيعُ، رَضِي البائِعُ به أو لم يَرضَ.

ولا يَجوزُ بَيعُ ثَوبٍ من ثَوبَين؛ لأنه غَرَرٌ.

قَولُه: (ولا يَجوزُ بَيعُ ثَوبٍ من ثَوبَين) بأن يَقولَ: (بِعتُ منك أحدَ هذين الثَّوبَين)، أمّا لو قال: (بعتُ أحدَ هذين الثَّوبَين على أنَّك بالخِيار في أن تَأخُذَ أيَّهما شِئتَ بعَشَرةٍ): جاز.

قَولُه: (لأنَّه غَرَرٌ) لأنَّ البَيعَ في أحدهما تَعلَّق بالبَيان، فيَكونُ مَستورَ العاقِبةِ.

ومَن باع عَبدًا على أن يُعتِقَه المُشتَري، أو يُدَبِّره، أو يُكاتِبَه، أو باع أمةً على أن

---

(١) في (هـ) غير منقوطة. وجَدَّه جَدًّا من باب قتل: قطعه، فهو جديد، فعيل بمعنى مفعول، وهذا زمن الجَداد والجِداد، وأجَدَّ النخلُ -بالألف-: حان جَدَادُه، وهو قطعه. «المصباح» ١/ ٩٢.

وجذذت الشيء جَذًّا من باب قتل: قطعته، فهو مجذوذ، فانجذ: أي انقطع، وجذذته: كسرته. «المصباح» ١/ ٩٤.

يَستَوْلِدَها: فالبَيعُ فاسِدٌ؛ لأنه بَيعٌ وشَرطٌ.

وكذا لو باع عَبدًا على أن يَستَخدِمَه البائعُ شَهرًا، أو باع دارًا على أن يَسكُنَها، أو على أن يُقرِضَه المُشتَري دَنانيرَ أو دَراهِمَ، أو على أن يُهدِيَ له هَديةً.

ومن باع عَينًا على أن لا يُسلِّمَها إلى المُشتَري شَهرًا، أو على أن يُسَلِّمَها إلى رَأسِ الشَّهر: فالبَيعُ فاسِدٌ؛ لأن تَرْكَ التَّسليمِ يُنافي مُقتَضى العَقد.

ثم حاصِلُ مَذهبِنا:

أنَّ كلَّ شَرطٍ يَقتَضيه العَقدُ، كشَرط تَسليمِ الثَّمَنِ، أو تَسليمِ المَبيعِ: فالبَيعُ والشَّرطُ جائِزان؛ لأنَّ هذا يَثبُتُ بمُطلَق العَقدِ، فالشَّرطُ لا يَزيدُه إلا وَكادةً[1].

وكلُّ شَرطٍ لا يَقتَضيه العَقدُ، وفيه مَنفَعةٌ لأحَد المُتعاقِدَين، أو المَعقودِ عليه وهو من أهل استِحقاقِ المَنفَعةِ، كشَرط الإعتاقِ وما يُضاهيه، والاستِخدامِ وما يُشابِهه، وقَطعِ الثَّوبِ وما يُناسِبُه: فالبَيعُ والشَّرطُ فاسِدانِ؛ لأنَّ قَضيّةَ العَقدِ إطلاقُ الانتِفاعِ، لا الحَجْرُ عنها، والتَّخييرُ في هذه التَّصرُّفات، لا الإلزامُ، والشَّرطُ يَقتَضي ذلك، فيُؤدِّي إلى المُنازَعة.

وكلُّ شَرطٍ لا يَقتَضيه العَقدُ، ولا مَنفعةَ فيه لأحَد المُتعاقِدَين، ولا للمَعقود عليه، كشَرط أن لا يَبيعَ المُشتَري الدّابّةَ المَبيعةَ: فالشَّرطُ باطِلٌ، والبَيعُ جائِزٌ؛ لأنّه لا مُطالِبَ لهذا الشَّرطِ، فكان لَغوًا.

وهذه المُسائِلُ[2] تُخرَّجُ على هذا الأصلِ.

---

(١) قال في «المغرب» ص٤٩٣: الوكادة بمعنى التوكيد: غير ثبت.

(٢) أي التي ذكرت في فقرة المتن المارة آنفًا.

وإن باع جارِيةً إلا حَمْلَها: فَسَد البَيع؛ لأن البَيعَ يَفسُدُ بالشَّرط الفاسِد، بخِلاف الهِبة.

لا يَصِحُّ استِثناءُ الحَمْلِ؛ لأنَّه لا يَصِحُّ إفرادُه بالعَقد؛ لأنَّه بمَنزلة طَرَفٍ من أطرافها، أو صِفةٍ من صِفاتها، وبَيعُ الطَّرَفِ أو الصِّفةِ لا يَجوزُ، فلا يَجوزُ الاستِثناءُ؛ ضَرورةَ أنَّ الاستِثناءَ إنَّما يَعمَلُ فيما عَمِلَ[1] فيه الصَّدْرُ، وإذا لم يَصِحَّ استِثناؤُه: يَبقى شَرطًا فاسِدًا، أو فيه[2] نَفعٌ للبائِع، فيَفسُدُ به البَيعُ.

ومَن اشتَرى ثَوبًا على أن يَقطَعَه البائِعُ ويَخيطَه قَميصًا أو قَباءً، أو اشتَرى نَعلًا على أن يَحذُوَها ويُشَرِّكَها: فالبَيعُ فاسِدٌ؛ لأنه بَيعٌ وشَرطٌ.

(ومن اشتَرى ثَوبًا على أن يَقطَعَه البائِعُ ويَخيطَه) قيل: إنَّ كلَّ واحِدٍ من المَذكورَينِ ليس بشَرطٍ.

أراد بالنَّعل: الصَّرْمَ[3]، وهذا إطلاقُ اسمِ الشَّيءِ باسم ما يَؤُول إليه.

حَذا النَّعلَ بالمِثال: قَطَعها به، وحَذا لي نَعلًا: عَمِلها.

شَرَّك النَّعلَ: وَضَع عليها الشِّراكَ، وهو سَيرُها[4] الذي على ظَهر القَدَمِ.

قَولُه: (فالبَيعُ فاسِدٌ) ذَكَر في «المَبسوط»: أنَّ البَيعَ جائِزٌ استِحسانًا؛ للتَّعامُل فيه[5].

---

(١) في (ز): يعمل.

(٢) في (ز): وفيه.

(٣) الصرم بالفتح: الجلد، وهو معرب، وأصله بالفارسية جَرم. «المصباح» ١/ ٣٣٩.

(٤) السَّير: الذي يقد من الجلد، جمعه سيور، مثل: فلس وفلوس. «المصباح» ١/ ٢٩٩.

(٥) وجه الفساد -وهو القياس-: ما بيناه أنه شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة لأحد=

والبَيعُ إلى النَّيروز، والمِهرَجانِ، وصَومِ النَّصارى، وفِطرِ اليَهود.. إذا لم يَعرِف المُتبايِعانِ ذلك: فاسِدٌ؛ لجَهالة الأَجَل.

النَّيروزُ: مُعرَّبُ نَوروز، وهو في طَرَف الرَّبيعِ[1].

والمِهرَجانُ: تَعريبُ مِهرَكانَ، وهو في طَرَف الخَريف[2].

وهذا إذا لم يَعرِف المُتبايعانِ ذلك، أمّا إذا كان مَعلومًا عند المُتعاقِدَين على وَجهٍ لا يَتقدَّمُ ولا يَتأخَّرُ، أو اشتِراه إلى فِطر النَّصارى بعدَما شَرَعوا في صَومهم: صَحَّ[3].

=المتعاقدين، وفي الاستحسان: يجوز للتعامل، والتعامل قاضٍ على القياس؛ لكونه إجماعًا فعليًّا، كصبغ الثوب، فإن القياس لا يجوز استئجار الصباغ لصبغ الثوب؛ لأن الإجارة عقد على المنافع لا الأعيان، وفيه عقد على العين وهو الصبغ، لا الصبغ وحده، لكن جوز للتعامل جواز الاستصناع. «العناية» ٦/ ٤٥٢ بتصرف يسير.

(١) النيروز: فيعول، بفتح الفاء، والنوروز لغة، وهو معرب، وهو أول السنة، لكنه عند الفرس عند نزول الشمس أول الحمل، وعند القبط أول توت، والياء أشهر من الواو، لفقد فوعول في كلام العرب. «المصباح» ٢/ ٥٩٩.

(٢) المهرجان: عيد للفرس، وهي كلمتان: مِهْر -وِزان حمل- وجان، لكن تركبت الكلمتان حتى صارتا كالكلمة الواحدة، ومعناها محبة الروح، وفي بعض التواريخ كان المهرجان يوافق أول الشتاء، ثم تقدم عند إهمال الكبس حتى بقي في الخريف، وهو اليوم السادس عشر من مهرماه، وذلك عند نزول الشمس أول الميزان. «المصباح» ٢/ ٥٨٢.

(٣) وقال في «المصباح» ٢/ ٤٧٣: صومهم ثمانية وأربعون يومًا، ويوم الأحد الكائن بعد ذلك هو العيد، ذكر لصومهم ضابط يعرف به أوله، فإذا عرف أوله عرف الفصح، ونظم في بيتين فقيل:

إذا ما انقضى ست وعشرون ليلة … لشهرٍ هلاليٍّ شُباطُ به يُرى

فخذ يوم الاثنين الذي هو بعده … يكن مبتدًا صوم النصارى مقررًا =

ولا يَجوزُ البَيعُ إلى الحَصَاد، والدِّياس، والقِطاف، وقُدومِ الحاجّ؛ لأن الأَجَلَ مَجهولٌ.

الحَصَادُ: مَصدَرُ حَصَد الزَّرعَ حَصْدًا وحَصادًا، إذا جَزَّه.

قَولُه: (لأنَّ الأجَلَ مَجهولٌ) لأنَّها تَتقَدَّمُ وتَتأخَّرُ؛ لأنَّها من أفعال العِبادِ، فيَثبُتُ حَسَبَ ما يَبدو لهم، والآجالُ شُرِعت بالأوقات دون الأفعالِ، قال اللهُ تعالى: ﴿قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ﴾[1] [البَقَرَة:١٨٩].

فإن تَراضَيا بإسقاط الأَجَل، قَبل أن يأخُذَ النّاسُ في الحَصاد والدِّياس وقَبل قُدومِ الحاجّ: جاز البَيع؛ لأن المُفسِدَ قد زال، وعند زفر رَحِمَهُ ٱللَّهُ لا يجوز.

قَولُه: (لأنَّ المُفسِدَ قد زال) الفَسادُ كان على سَبيل التَّوقُّفِ لا على سَبيل البَتاتِ[2]، وقد زال قبل تَقرُّرِه، فيَعودُ جائزًا، كما إذا باع فَصًّا في خاتَمٍ، أو جِذعًا في سَقفٍ، ثم نَزَعه وسَلَّمه.

وقَولُه: (تَراضَيا) وَقَع اتِّفاقًا؛ لأنَّ رِضا مَن له الأجَلُ كافٍ؛ لأنَّه خالِصُ حَقِّه.

= وقيل في ضابطه أيضًا: أن تأخذ سنين ذي القرنين بالسنة المنكسرة، وتزيد عليها خمسًا أبدًا، ثم تلقيها تسعة عشر تسعة عشر، فإن بقي تسعة عشر أو دونها ضربتها في تسعة عشر، وتحفظ المرتفع، فإن زاد عن مائتين وخمسين نقصت منه واحدًا، وإلا فلا، ثم تلقيه ثلاثين ثلاثين، فإن بقي ثلاثون أو دونه ابتدأت من أول شباط، فإذا انتهى العدد في شباط أو في آذار ووافق يوم الاثنين فهو الصوم، وإلا فيوم الاثنين الذي بعده، ولا يكون فصح على فصح في آذار، ويكون في نيسان. انتهى.

وفطر اليهود: قال في «الدستور» ٢/ ١٨٥: اعلم أن اليهود أيضًا يصومون خمسين يومًا بأنهم يصومون شهر رمضان كله، ولا يفطرون يوم الفطر، ويتبعون صيامهم من شوال إلى تمام خمسين يومًا.

(١) أي الأهلة علامات الأوقات للناس وعباداتهم.

(٢) في (هـ): البيان.

وإذا قَبَض المُشتَري المَبيعَ في البَيع الفاسِدِ بأَمر البائِع -وفي العَقد عِوَضانِ كُلُّ واحِدٍ منهما مالٌ-: مَلَكَ المَبيعَ، ولَزِمَه قيمَتُه، ولكلِّ واحِدٍ من المُتعاقِدَين فَسخُه؛ رَفعًا لسَبَب الفَساد.

شُرِط أن يَكونَ القَبضُ بإذن البائِع، حتى إذا قَبَض ه بغير إذنِه: فهو كما لم يَقبِضه[1]، وهذه الرِّوايةُ هي المَشهورةُ[2].

وذَكَر في «الزِّيادات»: أنَّه إذا قَبَضه بحَضرَته ولم يَنهَه: يَثبُتُ المِلكُ، ولم يَحكِ خِلافًا[3].

وشَرَط أن يكونَ في العَقد عِوَضان، كلُّ واحِدٍ منهما مالٌ: ليَتحَقَّقَ رُكنُ البَيعِ؛ إذ لو لم يَكُن بهذه الصِّفةِ: لا يَكونُ فاسِدًا، فيَكونُ ذِكرُه للتَّأكيد، فيَخرُجُ عنه البَيعُ بالمَيتة والدَّمِ.

(١) فإن قبض بغير إذنه أصلًا لا يثبت الملك، بأن نهاه عن القبض أو قبض بغير محضر منه من غير إذنه. «البدائع» ٥/ ٣٠٤.

(٢) وجه: الرواية المشهورة أن الإذن بالقبض لم يوجد نصًّا، ولا سبيل إلى إثباته بطريق الدلالة؛ لما ذكرنا أن في القبض تقرير الفساد، فكان الإذن بالقبض إذنًا بما فيه تقرير الفساد، فلا يمكن إثباته بطريق الدلالة، وبه تبين أن العقد الفاسد لا يقع تسليطًا على القبض لوجود المانع من القبض على ما بيَّنَّا، بخلاف الهبة؛ لأن هناك لا مانع من القبض إن أمكن إثباته بطريق الدلالة ما دام المجلس قائمًا، وإنما شرط المجلس: لأن القبض في الهبة بمنزلة الركن، فيشترط له المجلس كما يشترط للقبول، والله عَزَّوَجَلَّ أعلم. «البدائع» ٥/ ٣٠٥.

(٣) وجه رواية «الزيادات»: أنه إذا قبضه بحضرته ولم ينهه كان ذلك إذنًا منه بالقبض دَلالةً، مع ما أن العقد الثابت دلالة الإذن بالقبض؛ لأنه تسليط له على القبض، فكأنه دليل الإذن بالقبض، والإذن بالقبض قد يكون صريحًا وقد يكون دلالةً، كما في باب الهبة إذا قبض الموهوب له بحضرة الواهب فلم ينهه صح قبضه، كذا ههنا. «البدائع» ٥/ ٣٠٤.

قَولُه: (مَلَكَ المَبيعَ) هذا اختِيارُ مَشايخِ بَلْخٍ رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ[1].

وقال مَشايخُ العِراقِ رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ: يَملِكُ مَنافِعَ المَبيعِ، ولَزِمه قيمَتُه؛ لأنَّا لو قُلنا بوُجوب الثَّمَنِ: كان هذا تَقريرًا للبَيع الفاسِدِ، والشَّرعُ يَأمُرُهما بالنَّقض ورَفعِ الفَسادِ، فقُلنا بأنَّه يَجِبُ القيمةُ، ويُشترَط القَبضُ: ليُضافَ ثُبوتُ المِلكِ إلى فِعلِ العِبادِ، لا إلى حُكم الشَّرعِ.

---

(١) قال في «العناية» ٦/ ٤٥٩: هو قول عامة المشايخ سوى أهل العراق، فإنهم يقولون: المبيع في البيع الفاسد مملوك التصرف لا مملوك العين. انتهى.

وقال العراقيون ذلك: استدلالًا بما قال في كتاب البيوع: إن المشتري إذا أعتقه جاز عتقه، وكان الولاء له لا للبائع؛ لأن البائع سلطه على ذلك، ولهذا لو كان المبيع جارية لا يجوز للمشتري وطؤها، ولو كان دارًا لا يجوز فيها الشفعة للشفيع.

وقال الفقيه أبو الليث رَحِمَهُ ٱللَّهُ وهذا ليس بصحيح، بل المشتري يملك عين المبيع في قول علمائنا، بدليل أن المبيع لو كان دارًا فقبضها فبيعت دار أخرى بجنبها: فللمشتري أن يأخذ الدار بالشفعة، ولو لم يملك عين الدار لم يجب له الشفعة، ولو كان المبيع جارية فقبضها ثم ردها على البائع: وجب الاستبراء، وإنما لم يجز للمشتري أن يطأها: لأنه وجب عليه ردها؛ لئلا يكون مصرًّا على المعصية، فاستعماله بالوطء إعراض عن الرد، فلهذا المعنى لم يجز، لا لعدم الملك، وإنما لم يجب فيها الشفعة لأن حق البائع لم ينقطع عنها.

وقال في «شرح الطحاوي»: والأصل في البيع الفاسد أن كل ما يملك بالبيع الجائز يملك بالبيع الفاسد إذا اتصل به القبض بإذن البائع، وكل ما لا يملك بالبيع الجائز لا يملك بالبيع الفاسد، بيانه: من اشترى من رجل عبدًا بخمر أو خنزير وتقابضا وهما مسلمان ملك المشتري العبد إذا قبضه بإذن البائع، ولا يملك الآخر الخمر والخنزير، وكذلك لو اشترى من رجل عبدًا بمدبر أو مكاتب أو بأم ولد وتقابضا: ملك المشتري إذا قبضه بإذن البائع، ومشتري المدبر والمكاتب وأم الولد لا يملك، وإن قبض بإذن البائع، وكذلك لو اشترى من رجل عبده بمال الغير بغير إذن صاحبه وتقابضا: ملك مشتري العبد، ولا يملك الآخر ما قبض، حتى يجيز ما له البيع فيه. «البناية» ٨/ ١٩٨.

ولُزومُ القيمةِ في ذَوات القِيَمِ، أما ذَواتُ الأمثالِ: يَجِبُ المِثلُ؛ لأنَّ المِثلَ صورةً ومعنًى أعدَلُ من المِثل معنًى[1].

فإن باعه المُشتَري: نَفَذ بَيعُه عندنا.

(فإن باعه المُشتَري: نَفَذ بَيعُه) هذا دَليلٌ على أنَّه يَملِكُ عينَ المَبيعِ.

وعند الشافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَنفُذ؛ لأن عندَه البَيعَ الفاسِدَ لا يُفيدُ المِلك؛ لأنه مَنهِيٌّ عنه؛ لقَولِه عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ: «لا تبيعوا الدِّرهمَ بالدِّرهمينِ»[2]، والمنهِيُّ عنه يكون منسوخًا.

لنا: أنه يُفيد المِلكَ عند اتِّصال القَبضِ به؛ لوُجود التَّمليكِ والتَّملُّكِ من المُتعاقِدَين.

قَولُه: (لأنَّه مَنهِيٌّ عنه، فيَكونُ مَنسوخًا) في هذا الكَلامِ اشتباهٌ؛ لأنَّ كَونَه مَنهيًّا عنه يَقتَضي أن لا يَكونَ مَنسوخًا، فكيف يَصلُحُ[3] كونُه مَنسوخًا نَتيجةً لكَونه مَنهيًّا عنه؟!

لكنّا نَقولُ: الأصلُ عندَه: أنَّ النَّهيَ يَقتَضي القُبحَ لعَينه إذا وَرَد في الشَّرعيّات، ومن ضَرورَته أن يَكونَ مَنسوخًا.

---

(١) لا يخفى أن لزوم القيمة عينًا إنما هو بعد هلاك المبيع في يده، أما مع قيامه في يده: فالواجب رده بعينه. «الفتح» ٦/ ٤٦٠.

(٢) الحديث مثبت من (د).

روى مسلم (١٥٨٥) عن عثمان بن عفان: أن رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لا تبيعوا الدينار بالدينارين، ولا الدرهم بالدرهمين».

(٣) في (ز): يصح.

ونحن نَقولُ: إنَّه بَيعٌ حَقيقةً؛ لوُجود حَدِّه، وهو تَمليكُ المالِ بالمال بصيغةٍ وُضِعت له، وقد صَدَر ذلك من أهله مُضافًا إلى مَحَلٍّ قابِلٍ لحُكمه، وله وِلايةٌ عليه، فيَترَتَّبُ عليه حُكمُه، والنَّهيُ في الشَّرعيّات يَقتَضي القُبحَ لمَعنًى في غير المَنهيِّ عنه؛ لأنَّ النَّهيَ يَقتَضي التَّصوُّرَ؛ ليَتحَقَّقَ طَلَبُ الانتِهاءِ منه، ولو جَعَلنا عينَ المَنهيِّ عنه قَبيحًا: لم يَبقَ مَشروعًا، فلا يَبقى نَهيًا حينئذٍ.

وتَمامُ التَّقريرِ من الجانِبَين يُعرَف في «فوائِد أصولِ الفِقه»(١).

وإذا باع المُشتَري شِراءً فاسِدًا: انقطَع حَقُّ البائِع الأَوَّل؛ لتَعَلُّق حَقِّ المُشتَري به.

قَولُه: (لتَعلُّق حَقِّ المُشتَري به) وإنَّما يُفسَخ العَقدُ الأَوَّلُ لحَقِّ الشَّرعِ، وحَقُّ العَبدِ مُقدَّمٌ على حَقِّ الشَّرعِ، لا تَهاوُنًا بحَقِّ اللهِ تعالى، ولكن لأنَّ اللهَ تعالى أَغنى، والعَفوُ عنده أَرجى، وهذا أَصلٌ لا يُترَكُ إلا بالنَّصِّ(٢).

ومَن جَمَع بين حُرٍّ وعَبدٍ، وبين شاةٍ ذَكِيَّةٍ وشاةٍ مَيتةٍ، وباعَهُما: بَطَل البَيعُ فيهما؛ لأن البَيعَ لا يَصِحُّ في الحُرِّ والمَيْتةِ أصلًا، فيَنعَقِدُ العَقدُ على العَبد ابتِداءً بنَصيبه من القيمة، وإنه لا يَجوزُ؛ للجَهالة.

(١) قال في «الهداية» ٣/ ٥١: النهي يقرر المشروعية عندنا؛ لاقتضائه التصور، فنفس البيع مشروع، وبه تنال نعمة الملك، وإنما المحظور ما يجاوره، كما في البيع وقت النداء، وإنما لا يثبت الملك قبل القبض: كي لا يؤدي إلى تقرير الفساد المجاور؛ إذ هو واجب الرفع بالاسترداد، فبالامتناع عن المطالبة أولى؛ ولأن السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح، فيشترط اعتضاده بالقبض في إفادة الحكم بمنزلة الهبة، والميتة ليست بمال فانعدم الركن، ولو كان الخمر مثمنًا فقد خرجناه، وشيء آخر: وهو أن في الخمر الواجب هو القيمة وهي تصلح ثمنًا لا مثمنًا.

(٢) بخلاف الغاصب؛ لأنه تعلق به حق المشتري وحق المغصوب منه، وكل واحد من الحقين حق العبد، فترجح حق المغصوب منه لأنه أسبق. «المبسوط» ١٣/ ٢٦.

(بَطَلَ البَيعُ فيهما) وهذا على الإطلاق[1] قَولُ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ[2].

وعندهما[3]: إن سَمَّى لكُلِّ واحِدٍ ثَمَنًا: جاز في العَبد[4].

قَولُه: (لأنَّ البَيعَ لا يَصِحُّ في الحُرِّ والمَيْتةِ أصلًا) لأنَّ البَيعَ يَعتَمِدُ الماليّةَ والتَّقوُّمَ، وذلك لا يُوجَد في الحُرِّ والمَيْتةِ، فلو جاز العَقدُ في العَبد إنَّما يَجوزُ بالحِصّة، والبَيعُ بالحِصّة ابتِداءً لا يَجوزُ، كما لو قال: (اشتَريتُ منك هذا العَبدَ بما يَخُصُّه من الألف)، إذا قُسِم على قيمَته وقيمةِ هذا العَبدِ.

وهذا الدَّليلُ إنَّما يَتأتَّى إذا لم يُسَمِّ ثَمَنَ كلِّ واحِدٍ، أما إذا سَمَّى: فإنَّما فَسَد عندَه؛ لأنَّه لَمّا جَمَع بينهما في الإيجاب، فقد شَرَطَ في قَبول العَقدِ في كلِّ واحِدٍ منهما قَبولَ العَقدِ في الآخَر، بدَليل أنَّ المُشتَرِيَ لا يَملِكُ قَبولَ العَقدِ في أحدهما دون الآخَرِ، واشتَراطُ قَبولِ العَقدِ في الحُرِّ في بَيع العَبدِ شَرطٌ فاسِدٌ، فيَفسُدُ البَيعُ.

ومَن جَمَع بين عَبدٍ ومُدَبَّرٍ، أو بين عَبدِه وعَبدِ غيرِه فباعهما: صَحَّ البَيعُ في العَبد بحِصَّته من الثَّمَن؛ لأن المُدَبَّرَ وعَبدَ الغَيرِ مَملوكٌ؛ فيَنعَقِدُ العَقدُ عليهما، إلا أنه تَعذَّر

(١) في (هـ): إطلاق.

(٢) لأبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ...: أن الحر لا يدخل تحت العقد أصلًا؛ لأنه ليس بمال، والبيع صفقة واحدة، فكان القبول في الحر شرطًا للبيع في العبد، وهذا شرط فاسد، بخلاف النكاح؛ لأنه لا يبطل بالشروط الفاسدة. «الهداية» ٣/ ٥١.

(٣) وقال زفر رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فسد فيهما.

(٤) اقتصر المصنف على ذكر العبد على جهة الكفاية، وأصل الكلام: في العبد والشاة الذكية، قال في «الهداية» ٣/ ٥٠: وهذا عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وقال أبو يوسف ومحمد رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ: إن سمى لكل واحد منهما ثمنًا جاز في العبد والشاة الذكية.

التَّسليمُ؛ لِحَقِّ المدَبَّر وعبدِ الغير، فبَقِي العَقدُ بحِصَّة العَبدِ من الثَّمَن، والجَهالةُ الطَّارِئةُ لا تُفسِدُ العَقد.

قَولُه: (فيَنعَقِدُ العَقدُ عليهما) أي على سَبيل التَّوقُّفِ، ولهذا يَنفُذُ في حَقِّ عَبدِ الغَيرِ بإجازته، وفي المُدبَّرِ بقَضاء القاضي.

قَولُه: (فيَبقى العَقدُ بحِصَّته) أي يَكونُ هذا بَيعًا بالحِصّة بَقاءً لا ابتِداءً، فكان كمن باع عبدَين، فاستُحِقَّ أحدُهما أو مات، فإنَّ البَيعَ جائِزٌ في الآخَر، سواءٌ سَمّى لكُلِّ واحِدٍ ثَمَنًا أو لم يُسَمِّ.

الطَّاري: خِلافُ الأصلِيّ، والصَّوابُ الهَمزُ، والطَّرَيانُ خَطأٌ أصلًا[1].

ونَهى رَسولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن النَّجَش[2]، وعن السَّوم على سَوم غيرِه[3]؛ لما فيه من الضَّرَر.

النَّجَشُ -بفَتحتَين-: أن تَستامَ السِّلعةَ بأزيَد من ثَمَنها، وأنت لا تُريدُ شِراءها، ليَراك الآخَرُ فيَقَعَ فيه، وهذا إنَّما يكونُ قبل تَقرُّرِ الثَّمَن. ويُروى بالسُّكون[4].

والسَّومُ: الزِّيادةُ في الثَّمن بعد تَقرُّره؛ لإرادة البَيعِ.

(١) إذ المصدر في الطارئ: الطروء.

(٢) قال عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لا تَناجَشوا». رواه البخاري (٦٠٦٦)، ومسلم (١٤١٣).

(٣) قال عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لا يَستامُ الرَّجُلُ على سَوم أخِيه، ولا يَخطُبُ على خِطبة أخِيه». رواه البخاري (٢١٤٠)، ومسلم (١٤١٣).

(٤) هذه عبارة «المغرب» ص٤٥٦، وأشار بها إلى رواية الأثر: أنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهى عن النجش. واقتصر على السكون في «المشارق» ٢/ ٥، و«المختار» ص٣٠٥، وفي «المصباح» ٢/ ٥٩٤ أنه بالسكون مصدر وبالتحريك اسم.

والنَّهيُ عن الاستيام على سَوم أخيه: بعدما رَكَن أحدُهما إلى صاحبه بما طَلَب منه، فأمَّا إذا لم يَركَن: فلا بأس بأن يُساوِمَه؛ لأنَّ هذا بَيعُ من يَزيدُ، وقد وَرَد به الأثَرُ[1]، كذا في «الفَتاوى».

وعن تَلَقِّي الجَلَب[2]؛ لما فيه من تَعمية الأَسعارِ على الوارِدِينَ، وتَضييقِ الأَمرِ على الحُضور.

جَلَب الشَّيءَ: جاء به من بَلَدٍ إلى بَلَدٍ للتِّجارة جَلْبًا، والجَلَبُ المَجلوبُ.

وتَقريرُه من وَجهَين:

إمَّا أن يَتلَقَّى واحِدٌ من أهل المَصرِ إلى جَماعةٍ أتَوا بالطَّعام إلى هذا المِصرِ، وأهلُ المِصرِ مُحتاجٌ[3] إليه.

والثَّاني: أن يَتلَقَّى لِيُلَبِّسَ السِّعرَ، فيَشتَرِيَ منهم بأرخَص الثَّمنَينِ[4].

وإلى هذين الوَجهَين أشار بقَوله: (لِما فيه من تَعمية الأسعارِ على الوارِدين، وتَضييقِ الأمرِ على الحُضور[5]).

---

(١) عن أنس بن مالك رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ باع حِلسًا وقَدَحًا، وقال: «من يشتري هذا الحلس والقدح؟»، فقال رجل: أخذتهما بدرهم، فقال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من يزيد على درهم، من يزيد على درهم؟»، فأعطاه رجل درهمين: فباعهما منه.
رواه الإمام أحمد (١٢١٣٤)، وأبو داود (١٦٤١)، والترمذي (١٢١٨)، والنسائي (٤٥٠٨)، وابن ماجه (٢١٩٨).

(٢) رواه البخاري (٢١٦٤)، ومسلم (١٥١٨).

(٣) في (و): يحتاج.

(٤) أي ثمنه وثمن سوق المصر.

(٥) في (و): الحاضرين.

ونَهى رسولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن بَيع الحاضِر للبادي[1].

تَفسيرُ بَيعِ الحاضِرِ للبادي: أن يَبيعَ من البادي دون الحاضِرِ، وتكونُ اللامُ للاختصاص[2].

أو يَتولَّى المِصريُّ عن البادي ليُغاليَ السِّعرَ، وهذا إذا كان أهل البَلدةِ في قَحْطٍ وعَوَزٍ، وهو يَبيعُ من أهل البَدْوِ طَمَعًا في الثَّمَن الغالي.

والبَيعُ عند أَذان الجُمُعةِ مَكروهٌ؛ لقوله تعالى: ﴿إِذَا نُودِىَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوْمِ ٱلْجُمُعَةِ﴾ إلى قوله: ﴿وَذَرُواْ ٱلْبَيْعَ﴾ [الجُمُعَة:٩].

الأصلُ أنَّ النَّهيَ إذا[3] وَرَد لمَعنًى في غير المَنهيِّ عنه، وذلك الغَيرُ مُتَّصِلٌ به وَصفًا -كصَوم يَومِ النَّحرِ، والبَيعِ بشَرط الحَصادِ-: يُوجِبُ فَسادَ البَيعِ والصَّومِ.

وإذا وَرَد لمَعنًى في غير المَنهيِّ عنه، وذلك الغَير مُجاوِرٌ به، وليس بوَصفٍ له: يُوصَف بالكَراهة، فخَرَّج على هذا قَولَه:

ولا يَفسُدُ العَقدُ بهذه الأَشياء؛ لأن أسبابَ الفَسادِ مُنفَصِلةٌ عنها وُجودًا وعَدَمًا.

(لأنَّ أسبابَ الفَسادِ مُنفَصِلةٌ عنها وُجودًا وعَدَمًا) يعني أنَّ سَبَبَ الفَسادِ -وهو تَركُ السَّعيِ الواجِبِ، والإضرارُ بالمُسلمين- مُنفَصِلٌ عن هذه البُيوعِ وُجودًا وعَدَمًا؛ فإنَّ تَركَ السَّعيِ يُوجَد بدون البَيعِ، بأن نام في بَيته، أو اشتَغَل بعَمَلٍ آخرَ، والبَيعُ يُوجَد بدون تَركِ السَّعيِ أيضًا، بأن كانا يَمشيان، ووُجِد منهما الإيجابُ والقَبولُ..

---

(١) رواه البخاري (٢١٥٨)، ومسلم (١٥٢١).

(٢) هذه الجملة مثبتة من نسخة الأصل.

(٣) في (و): متى.

وإنَّما وُجِد ذلك باتِّفاق الحالِ، بأن قَعَدا أو وَقَفا، وإذا لم يَكُن له اتِّصالٌ بالبَيع: يَبقى البَيعُ صَحيحًا، لكنَّه باعتبار المُجاورةِ يُوصَف بالكَراهة.

ومَن مَلَك مَملوكَينِ صَغيرَين، أَحدُهما ذو رَحِمٍ مَحرَمٍ من الآخر: لم يُفَرِّق بينهما، وكذلك إذا كان أَحَدُهما كَبيرًا، والآخَرُ صغيرًا.

قَولُه: (ومَن مَلَك مَملوكَينِ) ذَكَر لَفظ المِلكِ: ليَتناوَلَ وُجوهَ المِلكِ، من الهِبة والوَصيّةِ وغيرِ ذلك.

وإن فَرَّق: كُرِه ذلك؛ لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «من فَرَّق بين حَبيبٍ وحَبيبِه: فَرَّق اللهُ بينَه وبين أَحِبَّتِه يَومَ القِيامة»[1]، ويجَوزُ العَقدُ.

وإن كانا كَبيرَين: فلا بأس بالتَّفريق بينَهما؛ لأن التَّفريقَ بين الكَبيرَين لا يُمكِن؛ لإمكان الزِّيارة.

قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «من فَرَّق بين حَبيبٍ وحَبيبِه» ذَكَر في «المَبسوطِ»: «بين والِدةٍ ووَلَدِها»، وهو المُرادُ بالأوَّل؛ لأنَّه لم يُرِد به مُطلَق الحَبيبِ إجماعًا، فيَكونُ المُرادُ به فَردًا خاصًّا، وذلك مُجمَلٌ، فبُيِّن بقَوله: «من فَرَّق بين والِدةٍ ووَلَدِها».

ولَمّا ثَبَت الحُكمُ في هذه القَرابةِ: ثَبَت في كلِّ قَرابةٍ مُحرِّمةٍ للنِّكاح، بجامِع حُرمةِ القَطعِ، وافتِراضِ الوَصلِ.

---

(١) لم أقف عليه بهذا اللفظ، وورد بلفظ الوالدة والولد: قال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من فَرَّق بينَ والِدةٍ ووَلَدِها فَرَّق اللهُ تَعالى بينَه وبينَ أَحِبَّتِه يومَ القِيامةِ».

رواه الإمام أحمد (٢٣٤٩٩)، والترمذي (١٥٦٦)، ورواه الدارقطني (٣٠٤٨) بلفظ الوالد والولد.

قَولُه: (ويجَوزُ العَقدُ) مُتَّصِلٌ بقَوله: (كُرِه ذلك) وهذا لأنَّ النَّهيَ وَرَد لمَعنًى في غير البَيعِ، وهو الإضرارُ بالصَّغير، فإنَّ الصَّغيرَ يَستأنِسُ بالكَبير، والكَبيرَ يُشفِقُ على الصَّغير، ويَقومُ بحَوائِجه، وفي التَّفريق بينهما إيحاشُهما، فيَكونُ كالبَيع وَقتَ النِّداءِ، والصَّلاةِ في الأرض المَغصوبةِ.

❁❁❁

البَيعُ مهما وَقَع فاسِدًا: وَجَب أن يَرجِعَ كلُّ واحِدٍ منهما إلى رَأس مالِه، وهذا المَعنى مَوجودٌ في الإقالة، فكأنَّها عَقدٌ واحِدٌ، فحَسُن جَمعُهما، واللهُ أعلَمُ.

بابُ الإقالة

بابُ الإقالةِ

هي في اللُّغة: الرَّفعُ.

وفي الشَّرعِ: رَفعُ العَقدِ، وقيل: إنَّه مُشتَقٌّ من القَوْل، والهَمزةُ هَمزةُ السَّلبِ، أي أزال القَوْلَ السَّابِقَ.

والأصلُ:

أنَّ الإقالةَ عند أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فَسخٌ في حَقِّ المُتعاقِدَينِ، بَيعٌ في حَقِّ غيرِهما، إلا أن لا يُمكِنَ جَعلُه فَسخًا، بأن وَلَدت المَبيعةُ وَلَدًا، فيَبطُلُ.

وعند أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: بَيعٌ، إلا أن لا يُمكِنَ جَعلُه بَيعًا، بأن كان غيرَ مَقبوضٍ في المَنقول، فيُجعَلُ فَسخًا، إلا أن لا يُمكِنَ، بأن كان المبيعُ عَرْضًا وقد هَلَك، وثَمَنُه دراهِمَ، فيَبطُلُ.

وعند محمَّدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: هو فَسخٌ، إلا إذا تَعذَّر جَعلُه فَسخًا، بأن زاد، فيُجعَلُ بَيعًا، إلا أن لا يُمكِنَ، فيَبطُلُ.

الإقالةُ جائِزةٌ في البَيع بمِثل الثَّمَنِ الأَوَّلِ.

العُقودُ أنواعٌ:

منها: ما لا يَقبَلُ الفَسخَ، كالنِّكاح والطَّلاقِ.

ومنها: ما يَقبَلُه[1]، كالبِياعات، فلهذا قال: (في البَيع).

فإن شُرِط أكثرُ منه أو أَقَلُّ: فالشَّرطُ باطِلٌ؛ لأن الإقالةَ رَفعُ العَقدِ الأَوَّل، فيكونُ على الوَجه الذي انعَقَد، ويَرُدُّ مثلَ الثَّمَنِ الأَوَّلِ.

قَولُه: (فالشَّرطُ باطِلٌ) أي فالشَّرطُ باطِلٌ والإقالةُ صَحيحةٌ؛ لأنَّ الإقالةَ لا تَبطُلُ بالشُّروط الفاسِدةِ، بخِلاف البَيعِ؛ لأنَّ الشَّرطَ الفاسِدَ في مَعنى الرِّبا، والزِّيادةُ يُمكِنُ إثباتُها في البَيع، فيَتحَقَّقُ الرِّبا، ولا يُمكِنُ إثباتُها في الإقالة؛ لأنَّ رَفعَ ما كان زائِدًا على ما كان لا يُتصوَّرُ، فلهذا لم يُؤثِّر الشَّرطُ الفاسِدُ في الإقالة.

وهذا يُؤيِّدُ قولَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنَّ الإقالةَ فَسخٌ، إذ لو كان بَيعًا: لبَطَلَ بالشَّرط الفاسِدِ، كهو.

(ويَرُدُّ مثلَ الثَّمَنِ الأَوَّلِ) هذا بِناءً على أنَّه فَسخٌ، فيَجِبُ رَدُّ الثَّمَنِ الأَوَّلِ.

وشَرطُ الأكثَرِ والأَقَلِّ وخِلافِ جِنسِ الثَّمَنِ الأَوَّلِ.. باطِلٌ[2].

وهي فَسخٌ في حَقِّ المُتعاقِدَين، بَيعٌ جَديدٌ في حقِّ غَيرِهما؛ لأنهما قَصَدا إيقاعَه فَسْخًا، وهو بَيعٌ حَقيقةً؛ لوُجود مُبادَلةِ المالِ بالمال بالتَّراضي، فيُجعَلُ فَسخًا في

(١) في (و): ما لا يقبله.

(٢) ولا يسقط رد الثمن من البائع، وعند الشافعي رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ: الإقالة فاسدة، والثمن على حاله، وإن كان الشرط المذكور باطلًا. «البناية» ٨/ ٢٢٥.

حَقِّهما بَيعًا في حقِّ غَيرِهما.

قَولُه: (بَيعٌ في حَقِّ غيرِهما) وهذا لأنَّ الإقالةَ إزالةُ القَولِ السَّابِقِ، وذلك القَولُ قائِمٌ بهما، لا يَعدوهما، فيَكونُ فَسخًا في حَقِّهما، وقد وُجِد حَدُّ البَيعِ وحَقيقَتُه في حَقِّ الثَّالِثِ، فيَكونُ بَيعًا في حَقِّ الثَّالِثِ.

ولا يُمكِنُ العَكسُ؛ لأنَّه لو كان فَسخًا في حَقِّ غيرِهما -مع أنَّ الإقالةَ لم تَقُم بهما- لَأنْ يَكونَ فَسخًا في حَقِّهما -وهي قائِمةٌ بهما- أَولى.

ولأنَّهما قَصَدا إيقاعَه فَسخًا، ولهما وِلايةٌ على أنفسهما، لا على غيرِهما، فيُجعَلُ في حَقِّهما فَسخًا، لا في حَقِّ غيرِهما.

ومَعنى قَولِنا: (إنَّه بَيعٌ في حَقِّ غيرِهما): أنَّه تَجِبُ الشُّفعةُ، ويَجِبُ الاستِبراءُ لو كان المُشترَى جارِيةً، ولو كان فَسخًا لَمَا وَجَبت الشُّفعةُ، كما إذا رَدَّه بعَيبٍ بقَضاءِ قاضٍ.

وهَلاكُ الثَّمَنِ لا يَمنَعُ صِحّةَ الإقالة، كما لا يَمنَعُ صِحّةَ البَيع.

وهَلاكُ المَبيعِ يَمنَعُ مِنها.

(هَلاكُ الثَّمَنِ لا يَمنَعُ صِحَّةَ الإقالةِ) لأنَّ وُجودَ الثَّمَنِ لوُجود[1] الذِّمّةِ، وهي باقيةٌ.

(وهَلاكُ المَبيعِ يَمنَعُ منها) لأنَّ جَوازَ البَيعِ مَوقوفٌ على وُجود المَبيعِ، حتى إذا هَلَكَ المَبيعُ قبل القَبضِ: يَبطُلُ البَيعُ، بخِلاف هَلاكِ الثَّمَنِ.

---

(١) في (هـ): بوجود.

وإن هَلَكَ بَعضُ المَبيعِ: جازَت الإقالةُ في باقيه، كما في البَيع.

قَولُه: (كما في البَيع) بأن اشتَرى عبدَينِ وهَلَكَ أحدُهما، فإنَّه يَبقى البَيعُ في الباقي دون الهالِك، فكذا تَصِحُّ الإقالةُ في القائِم دون الهالِكِ.

بابُ المرابحة والتَّولية

باب المرابحة والتولية

المُرابَحةُ: نَقلُ ما مَلَكه بالعَقد الأوَّل بالثَّمَن الأوَّلِ مع زِيادةِ رِبحٍ.

والتَّولِيةُ: نَقلُ ما مَلَكه بالعَقد الأوَّل بالثَّمَن الأوَّلِ من غيرِ زِيادةِ رِبحٍ.

البِياعاتُ بالإضافة إلى ذِكر الثَّمَنِ أربَعةُ أقسامٍ:

منها المُساوَمةُ: وهي التي لا تَلتَفِتُ إلى الثَّمَن السَّابِقِ.

ومنها بَيعُ الوَضيعةِ: وهي البَيعُ بأرخَص الثَّمنَينِ.

ومنها المُرابَحةُ، ومنها التَّوليةُ.

ولم يُذكَر القِسمُ الثَّاني[1] في هذا الكِتابِ؛ لأنَّ ذلك لا يَقَعُ إلا نادِرًا؛ لأنَّ الغَرَضَ من المُبايَعات الاستِرباحُ.

والأصلُ في هذا البابِ: أنَّ المُرابَحةَ والتَّوليةَ مَبناهُما على الأمانة، والاحتِرازِ عن شُبْهة[2] الخِيانةِ، حتى إذا اشترَى شيئًا مُؤجَّلًا ليس له أن يَبيعَه مُرابحةً إلا أن يُبيِّنَ التَّأجيلَ.

(١) وهو الوضيعة.

(٢) مثبتة من الأصل.

ولا تَصِحُّ المُرابَحةُ والتَّوليةُ حتى يكونَ العِوضُ مما له مِثْلٌ؛ لأنه لو لم يُعرَف له مِثْلٌ: تَتعذَّرُ به المُرابَحةُ والتَّوليةُ.

قَولُه: (حتى يكونَ العِوَضُ ممَّا له مِثْلٌ) أي العِوَضُ في البَيع الأوَّلِ يَنبَغي أن يَكونَ من المِثليَّات، كالمَكيلات والمَوزونات؛ لأنَّه لو لم يُعرَف له مِثْلٌ -بأن كان من ذَوات القِيَمِ كالحَيوانات- لو مَلَكه مَلَكه بالقيمة؛ إذ لا يُمكِنُ رَدُّ عينِه، وكذا لا يُمكِنُ رَدُّ مِثلِه؛ لأنَّه لا مِثْلَ له، والقيمةُ مَجهولةٌ تُعرَف بالحَزْر والظَّنِّ، فتَتمكَّنُ شُبهةُ الخِيانةِ، فيُحترَز عنها.

حتى لو كان عَينُه مَقدورَ التَّسليمِ، بأن وَصَل العِوَضُ إلى المُشتَري مُرابَحةً من بائِعِ بايَعه بوَجهٍ من الوُجوه، فاشتَراه بذلك البَدَلِ وبرِبح دِرهمٍ أو شيءٍ من المَكيل: جاز؛ لأنَّه يَقدِرُ على الوَفاء بما التَزم.

وإن باعه برِبح (دَهْ يَازْدَهْ)[1]: لا يَجوزُ؛ لأنَّه باعه بالثَّوب وببَعض قيمَتِه؛ لأنَّ تَسميةَ رِبحِ (دَهْ يَازْدَهْ) يَقتَضي أن يكونَ الرِّبحُ من جِنس رأسِ المالِ.

ويَجوزُ أن يُضيفَ إلى رأس المالِ: أُجرةَ القَصّار، والصَّباغ، والطِّراز، والفَتْل، وأُجرةَ الحَمّالِ في حَمْل الطَّعام.

ويَقولُ: (قام عَلَيَّ بكذا)، ولا يَقولُ: (اشتَرَيتُه بكذا)؛ حتى لا يكونَ كَذِبًا.

وإنما يَضُمُّ لجَريان عادةِ التُّجّارِ بالضَّمّ لهذه الأَشياء.

الطِّرازُ -بالكَسر-: عَلَمُ الثَّوبِ.

---

(١) ده نيم: نصف عشر القيمة، ده يازده: عشر القيمة، ده دوازده: خُمُس القيمة. «كمال الدراية» ٧/ ٥١١.

(ويَجوزُ أن يُضيفَ رأسَ المالِ) الأصلُ في هذا: أنَّ ما يُوجِبُ زِيادةً في المَبيع أو في الثَّمن قيمَتُه تُلحَق بالثَّمَن[1]؛ لأنَّه في مَعنى الثَّمنِ، وما لا يُوجِبُ زِيادةً في المَبيع ولا في قيمَته: لا يُلحَقُ به.

فإن اطَّلَع المُشتَري على خِيانةٍ في المُرابحة: فهو بالخِيار عند أبي حنيفة.. إن شاء أَخَذه بجَميع الثَّمَن، وإن شاء رَدَّه.

وإن اطَّلَع المشتري على خِيانةٍ في التَّولِية: أَسقطَها من الثَّمَن.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَحُطُّ فيهما؛ لأنهما تَراضَيا على اعتِبار الثَّمَنِ الأَوَّلِ.

(قال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَحُطُّ فيهما) غيرَ أنَّه يَحُطُّ في التَّولية قَدْرَ الخِيانةِ من رَأس المالِ، وفي المُرابَحة منه ومن الرِّبحِ.

بَيانُه: أنَّه إذا ابتاع ثَوبًا بعَشَرةٍ على رِبح خَمسةٍ، ثم ظَهَر أنَّ البائِعَ اشتَراه بثَمانيةٍ، وباعه منه بعَشَرةٍ على رِبح خَمسةٍ، يَقولُ: حُطَّ قَدرَ الخِيانةِ من الأصل وهو دِرهمان، وما قابَله من الرِّبح وهو دِرهَمٌ، فيَأخُذُ الثَّوبَ باثنَي عَشَرَ دِرهمًا؛ لأنَّ هذا رِبحٌ على الكُلِّ، وقد ظَهَرت خِيانَتُه في الكُلِّ، فيَظهَرُ الأَثَرُ في الرِّبح أيضًا.

قَولُه: (لأَنَّهما تَراضَيا على اعتِبار الثَّمَنِ الأَوَّلِ) يَعني إنَّما وَقَع تَراضيهما على الثَّمَن الأَوَّلِ، ولا صِحَّةَ للبَيع إلا بالتَّراضي، فيَتقَدَّرُ بقَدر الثَّمَنِ الأَوَّلِ، ويُحَطُّ عنه الزِّيادةُ؛ ليَقَعَ البَيعُ على ما تَراضَيا به.

وقال محمد: يُخَيَّرُ فيهما؛ لأنهما نَصَّا على هذا الثَّمَن.

قَولُه: (لأَنَّهما نَصَّا على هذا الثَّمَنِ) أي الثَّمَنِ الأخيرِ، فيَكونانِ راضِيَينِ بهذا القَدرِ

---

(١) العبارة في (و): أنَّ ما يُوجِبُ زِيادةً في قيمته يُلحَق بالثَّمَن؛ لأنه...

من الثَّمَن، فلا مَعنى للحَطِّ[1] عنه، إلا أنَّ المُشتَرِيَ صار مَغرورًا، فيُخيَّرُ؛ دَفعًا للغُرورِ عنه.

وأبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ عَمِلَ بالدَّليلَين.

(وأبو حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ عَمَل بالدَّليلَين) في عَقدَين[2]، أي عَمِل بما قال أبو يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ في التَّولية، وعَمِل بما قال محمّدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ في المُرابَحة.

وهذا لأنَّ الأصلَ ما قال أبو يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، إلا أنَّ التَّوليةَ بِناءً على السَّبَب الأوَّلِ من كلِّ وَجهٍ، فلا يَثبُتُ فيه ما لم يَكُن ثابِتًا في العَقد الأوَّلِ، كالإقالة، لَمّا كانت فَسخًا للعَقد الأوَّلِ: لا يَثبُتُ فيها إلا ما كان ثابِتًا في العَقد.

وأمَّا المُرابَحةُ فلَيست تَنبَني على العَقد الأوَّل من كلِّ وَجهٍ، وإن ثَبتَت عليه من وَجهٍ، ألا ترى أنَّهما سَمَّيا فيه ما لم يَكُن في العَقد الأوَّلِ! فثَبَت أنَّه عَقدٌ مُبتدَأٌ باشَراه باختيارهما، فيَتغيَّرُ المُسمَّى فيه.

ولأنَّ الأصلَ أن لا يَتغيَّرَ التَّصرُّفُ، ولو لم يَحُطَّ التَّوليةَ: لا يَبقى[3] تَوليةً، ولو لم يَحُطَّ في المُرابَحة: تَبقى مُرابَحةً، وإن كان يَتفاوَتُ الرِّبحُ.

ومن اشتَرى شَيئًا مما يُنقَلُ ويُحَوَّلُ: لم يَجُز له بيعُه حتى يَقبِضَه؛ لقوله عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ: «انهَهُم عن أَربعةٍ: عن بَيع ما لم يَقبِضوا...»[4].

---

(١) في (هـ): فلا يؤدي يعني للحط.

(٢) في (و): العقدين.

(٣) في (هـ): لا يقع.

(٤) روى الإمام أبو يوسف في «الآثار» (٨٢٨) عن عتاب بن أسيد رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ: أن رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بعثه أميرًا على مكة وقال: «إني أبعثك إلى أهل الله، فانههم عن أربع خصال: عن ربح ما لم يضمن، وبيع ما لم يقبض، وعن شرطين في بيع وسلف». =

ويَجوزُ بَيعُ العَقارِ قبل القَبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

وعند محمّدٍ رَحِمَهُٱللَّهُ: لا يَجوزُ بالحَديث[1].

قال صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ لعَتَّابِ بنِ أَسِيْدٍ رَضِيَٱللَّهُعَنۡهُ حين جَعَله أميرَ مكَّةَ: «انهَهُم عن أربعةٍ: عن بَيع ما لم يُقبَض، وعن بَيعٍ وَشرطٍ، وعن بَيعٍ وسَلَفٍ، وعن رِبح ما لم يُضمَن»[2].

إلا أنَّهما[3] يَقولان: إنَّ الحَديثَ مَعلولٌ[4].

لهما: أن هَلاكَ العَقارِ قبل القَبضِ مُحالٌ، فلا يُؤَدّي إلى الغَرَر.

تَعذُّرُ انفِساخِ[5] العَقدِ على اعتِبار الهَلاكِ، وهَلاكُ العَقارِ نادِرٌ، أو غيرُ مُمكِنٍ، فيَجوزُ بدَلائل الجَوازِ.

والحَديثُ خُصَّ عنه المَهرُ، وبَدَلُ الخُلعِ والصُّلحِ عن دَم العَمدِ، والثَّمَنُ[6]؛ فإنَّ التَّصرُّفَ في جَميع ذلك قبلَ القَبضِ جائزٌ، على أنَّ النَّصَّ لم يَتناوَل صُورةَ النِّزاع؛

= وروى الطبراني في «الأوسط» (٩٠٠٧) والبيهقي (١٠٦٨٢) عن ابن عباس: أن النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ قال لعتاب بن أسيد: «إني قد بعثتك على أهل الله أهل مكة، فانههم عن بيع ما لم يقبضوا، وعن ربح ما لم يضمنوا، وعن شرطين في شرط، وعن بيع وقرض، وعن بيع وسلف».

(١) أي الحديث السابق.

(٢) تقدم آنفًا.

(٣) أي الشيخان رَحِمَهُمَاٱللَّهُتَعَالَىٰ.

(٤) قوله: معلول: من التعليل لا الإعلال، وسيأتي كلام المصنف في بيان تعليله في شرح الفقرة الآتية.

(٥) في (و): انتساخ.

(٦) في (ز): واليمين.

لأنَّه لا يَتأتَّى فيه القَبضُ الحَقيقيُّ؛ لأنَّ ذلك إنَّما يَكونُ في النَّقل[1].

وهذه المَسألةُ مَبنيَّةٌ على اختِلافهم في غَصب العِقارِ[2].

ومَن اشتَرى مَكيلًا مُكايَلةً، أو مَوزونًا مُوازَنةً، فاكتالَه أو اتَّزَنَه، ثم باعَهُ مُكايَلةً أو مُوازَنةً: لم يَجُز للمُشتَري أن يَبيعَه ولا أن يَأكُلَه حتى يُعيدَ الوَزنَ أو الكَيلَ؛ لنهيه عَلَيْهِ السَّلَامُ عن بَيع الطَّعامِ حتى يَجرِيَ فيه صاعانِ، صاعُ البائِعِ وصاعُ المُشتَري[3]، لأنه يَحتَمِلُ الزِّيادَةَ فيصيرُ ربًا.

(ومَن اشتَرى مَكيلًا مُكايَلةً) أي بشَرط الكَيلِ، حتى لو اشتَرى مُجازَفةً: لا حاجةَ له إلى الكَيل.

وهذا إذا لم يَكِلِ البائِعُ بعدَ البَيعِ بحَضرة المُشتَري، أما إذا كاله بحَضرة المشتَري بعد البَيعِ: فإنَّه يُكتَفى به؛ لأنَّ المَبيعَ صار مَكيلًا مَعلومًا بكَيلٍ واحِدٍ.

ومَحمَلُ[4] الحَديثِ: اجتِماعُ الصَّفقَتَين بشَرط الكَيلِ.

وصُورَتُه: رَجلٌ أَسلَم في كُرٍّ[5]، فلمَّا حَلَّ الأجَلُ اشتَرى المُسلَمُ إليه من رَجلٍ

---

(١) في (و) و(ز): بالنقل.

(٢) فإن غصب العقار لا يتحقق عندهما، خلافًا لمحمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ. «البناية» ٩/ ٤٤٣.

وعبارة أصحابنا في غصب العقار مختلفة على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ، فقيل: يتحقق فيه الغصب ولكن لا على وجه يوجب الضمان، وإليه مال القدوري في قوله: وإذا غصب عقارًا فهلك في يده لم يضمنه عندهما... وقيل: لا يتحقق. «البناية» ١١/ ٢٢٢.

(٣) رواه ابن ماجه (٢٢٢٨)، والدارقطني (٢٨١٩).

(٤) في (و): ومحل.

(٥) الكُرّ: كيل معروف، والجمع أكرار، مثل قُفل وأقفال، وهو ستون قفيزًا، والقفيز ثمانية=

كُرًّا، وأَمَر رَبَّ السَّلَمِ بقَبضه قضاءً: لم يَكُن قَبضًا[1]، وإن أَمَره أن يَقبِضَه له[2]، ثم يَقبِضَه لنَفسه، فاكتاله له[3]، ثم اكتاله لنَفسه: جاز[4]، كذا في «الجامعِ الصَّغيرِ» و«المَبسوطِ».

والتَّصرُّفُ في الثَّمَن قبلَ القَبضِ جائِزٌ؛ لأن الشَّرعَ[5] وَرَد في المَبيع باحتِمال الهَلاك، والهَلاكُ لا يوجَد في الثَّمَن؛ لأنه دَينٌ.

(والهَلاكُ لا يُوجَد في الثَّمَن؛ لأنَّه دَينٌ) أي إنَّه ثابِتٌ في الذِّمّة، فلا يُتصوَّرُ فيه غَرَرُ الانفِساخِ بالهلاك.

ويَجوزُ للمُشتَري أن يَزيدَ للبائِع في الثَّمَن، ويَجوزُ للبائِع أن يَزيدَ في المَبيع.

وقال الشافعيّ: لا يجوز؛ لأنه مِلكُه، فكيف يَبذُلُ العِوَض بمُقابَلة مِلكِه؟!

الزِّيادةُ والحَطُّ يَلتَحِقان بأصل العَقدِ.

وعند زُفَرَ والشَّافعيِّ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: لا يَصِحَّان على اعتِبار الالتِحاقِ، بل على

=مكاكيك، والمكوك صاع ونصف، قال الأزهري: فالكر على هذا الحساب اثنا عشر وَسْقًا. «المصباح» ٢/ ٥٣٠.

(١) حتى لو هلك المقبوض في يد رب السلم كان من مال المسلم إليه. «العناية» ٧/ ١٠٣.

(٢) أي وإن أمر المسلم إليه رب السلم أن يقبضه، أي يقبض السلم فيه لأجل المسلم إليه. «البناية» ٨/ ٣٥٩.

(٣) سقطت من (و) و(ز). فاكتاله له: أي رب السلم للمسلم إليه. «الفتح» ٧/ ١٠٣.

(٤) لأنه اجتمعت صفقتان بشرط الكيل، الأولى صفقة المسلم إليه مع بائعه، والثانية صفقته مع رب السلم. «الهداية والعناية» ٧/ ١٠٣.

(٥) وهو حديث: «انههم عن أربعة....»، الوارد آنفًا.

اعتِبار[1] ابتِداءِ الصِّلةِ.

لنا: أنه أَمكَن تَجويزُ تَصَرُّفِهما فيَجوز.

(**لنا: أَنَّه أمكنَ تَجويزُ تصرُّفِهما**) بأن يُلحَق هذا بأصل العَقدِ، فيَجوزُ، وهذا لأنَّ لهما وِلايةَ رَفعِ[2] العَقدِ أصلًا بالإقالة، فيَكونُ لهما وِلايةُ التَّغيير من كونه رابِحًا إلى كونه خاسِرًا، أو على العَكس بالطَّريق الأَولى، وإذا جوَّزناها على اعتِبار الالتِحاق لا تَكونُ الزِّيادةُ عِوَضَ مِلكِه، بل بكونِ حُكمِ الزِّيادةِ حُكمَ المَزيدِ عليه.

ويَجوزُ أن يَحُطَّ من الثَّمَن، ويَتعَلَّقُ الاستِحقاقُ بالباقي؛ لأن الحَطَّ التَحَق بأَصل العَقد.

قَولُه: (**ويَتعلَّقُ الاستِحقاقُ بالباقي**) أي يَستَحِقُّ الشَّفيعُ الشُّفعةَ بما بَقِي بعد الحَطِّ، وكذا إذا استُحِقَّ يَرجعُ على البائِع بما بَقِي بعد الحَطِّ، وكذا التَّوليةُ والمُرابَحةُ على الكُلِّ في الزِّيادة، وعلى الباقي[3] في الحَطِّ.

ومَن باع بثَمَنٍ حالٍّ ثم أَجَّلَه أَجَلًا مَعلومًا: صار مُؤَجَّلًا؛ لأن التَّأجيلَ التَحَق بأَصل العَقد.

وكُلُّ دَينٍ حالٍّ إذا أَجَّلَه صاحِبُه صار مُؤَجَّلًا، إلا القَرْضَ، فإن تَأجيلَه لا يَصِحُّ؛ لأن صِحّةَ التَّأجيلِ فيه تُؤَدّي إلى بَيع الدَّراهِمِ بمِثلها بأَجَلٍ، وإنه رِبًا.

استِقراضُ الخُبزِ لا يَجوزُ عند أبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

---

(١) في (هـ) و(و): بل باعتبار.

(٢) في (و): دفع.

(٣) في (ز): الثاني.

وعند أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَجوزُ وَزنًا لا عَدَدًا.

وعند محمّدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَجوزُ وَزنًا وعدَدًا، والله أعلم[1].

التَّأجيلُ يَلتَحِقُ بأصل العَقدِ: بأن يُجعَلَ كأنَّه باع أوَّلًا بثَمَنٍ مُؤجَّلٍ.

القَرضُ: مالٌ يَقطَعُه من أمواله، فيُعطيه عَينًا، فأمَّا الحَقُّ الذي يَثبُتُ عليه دَينًا: فليس بقَرضٍ.

واسمُ الدَّينِ يَتناوَلُ ما وَجَب في ذِمَّته بالعَقد، وما صار دَينًا في ذِمَّته باستِقراضه واستِهلاكِه، فيَكونُ الأوَّلُ خاصًّا، والثَّاني عامًّا، كذا قاله نَجمُ الدِّينِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ[2].

قَولُه: (إلا القَرضَ، فإنَّ تَأجيلَه لا يَصِحُّ) حتى تَثبُتُ وِلايةُ المُطالَبةِ في الحال إذا أجَّله عند الإقراضِ مُدَّةً مَعلومةً، أو بعده.

وهذا لأنَّ القَرضَ إعارةٌ ابتِداءً، ومُعاوَضةٌ انتِهاءً، فعلى اعتِبار الابتِداءِ: لا يَلزَمُ التَّأجيلُ فيه، كالإعارة، فإنَّ المُعيرَ وإنْ وَقَّته إلى سَنةٍ فله أن يَستَرِدَّ من ساعَته، وعلى اعتِبار الانتِهاء أيضًا لا يَصِحُّ؛ لأنَّه يَصيرُ بَيعَ الدَّراهِمِ بالدَّراهم نَسيئةً، والتَّأجيلُ[3] إنَّما يَكونُ في حالة البَقاءِ، فلهذا لا يَصِحُّ.

أو يُقالُ: إنَّ بَدَلَ القَرضِ في الحُكم كأنَّه عَينُ المَقبوضِ؛ إذ لو لم يُجعَل كذلك: كان مُبادَلَةَ الشَّيءِ بجِنسه نَسيئةً، وإنَّه حَرامٌ، وإذا كان كذلك يَكونُ عارِيَّةً ابتِداءً وانتِهاءً، والتَّوقيتُ في العوارِيِّ غيرُ لازِمٍ، وكذلك الأجَلُ في القَرض لو صَحَّحناه

---

(١) مسألة استقراض الخبز مثبتة من (أ).

(٢) قوله: (كذا قاله نجم الدين رَحِمَهُ ٱللَّهُ) مثبت من (و).

(٣) في (ز): فالتأجيل.

على مَعنى أنَّه يَصيرُ لازِمًا: لأَخرَجناه من أن يكونَ عارِيَّةً، ومن أن يَكونَ بَدَلُ القَرضِ في حُكم عَينِه، فيَكونُ مُبادَلةُ الشَّيءِ بجِنسه نَسيئةً، وإنَّه حَرامٌ، وهذا الوَجهُ أوجَهُ.

بابُ الرِّبا

بابُ الرِّبا

الرِّبا في اللُّغة: عِبارةٌ عن الزِّيادة، قال اللهُ تعالى: ﴿يَرْبُواْ عِندَ ٱللَّهِۖ﴾ [الروم:٣٩] أي فلا يَفضُلُ.

وفي الشَّرع: عِبارةٌ عن فَضل مالٍ(١) لا يُقابِلُه عِوَضٌ، في مُعاوَضة مالٍ بمالٍ.

الرِّبا مُحَرَّمٌ في كلِّ مَكيلٍ أو مَوزونٍ، إذا بِيع مُتفاضِلًا بجِنسه.

فالعِلّةُ عندنا: الكَيلُ مع الجِنس، أو الوَزنُ مع الجِنس.

فإذا بِيع المَكيلُ أو المَوزونُ بجِنسه، مِثلًا بمِثلٍ، يَدًا بيَدٍ: جاز البَيعُ.

وإن تَفاضَلا: لم يَجُز البَيعُ؛ لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «الحِنطةُ بالحِنطة، مِثلًا بمِثلٍ، يَدًا بيَدٍ، والفَضلُ رِبًا»(٢).

---

(١) في (و): مال حرام.

(٢) روى مسلم (١٥٨٨) عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «التمر بالتمر، والحنطة بالحنطة، والشعير بالشعير، والملح بالملح، مثلًا بمثل، يدًا بيد، فمن زاد أو استزاد فقد أربى، إلا ما اختلفت ألوانه».

ورواه ابن ماجه (٢٢٥٥) بلفظ: «والحنطة بالحنطة، مثلًا بمثل».

ثم الحَديثُ الذي ذُكِر في الكتاب مَعلولٌ[1] بإجماع القائِسينَ.

وقال أصحابُ الظَّواهِرِ: إنَّه غيرُ مَعلولٍ، حتى قَصَروا الحُكمَ في الأشياء السِّتَّةِ.

لكنَّهم اختَلَفوا في الوَصف الذي هو مَناطُ الحُكمِ:

فقال الشافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: هو الطَّعمُ في المَطعومات، والثَّمنيَّةُ في الأثمان، والجِنسيَّةُ شَرطٌ، والمساواةُ مَخلَصٌ، والأصلُ هو الحُرمةُ.

حتى لم يُجوِّز بَيعَ الحَفْنةِ بالحَفنتَين، والتُّفاحةِ بالتُّفاحتَين؛ لعَدَم المَخلَصِ، وهو المُساواةُ بالمِعيار الشَّرعيِّ.

---

(١) أي له علة وهي عندنا القدر والجنس، والقائسون هم: الأئمة الأربعة وأصحابهم رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ، واحترز به عن أهل الظاهر، فإنهم ينفون القياس، ويقولون: لا يكون الربا إلا في الأشياء الستة التي ذكرها رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وخصها بالذكر، وهو أيضًا منقول عن طاووس وقتادة وعثمان البتي وأبي سليمان.

قلنا: إنما ذكر هذه الأشياء لتكون دلالة على ما فيه الربا مما سواها مما يشبهها في العلة، فحيثما وجدت تلك العلة يوجد الربا. «البناية» ٨/ ٢٦٤.

وفي «الفتح» ٧/ ٥: وأما عثمان البتي: فلأنه يشترط في القياس أن يقوم دليل في كل أصل أنه معلول، ولم يظهر له هنا، ولأنه يبطل العدد، ولا يجوز، كما في قوله: «خمس من الفواسق».

قلنا: تعليق الحكم بالمشتق كالطعام في قوله: «لا تبيعوا الصاع بالصاعين» كما سيأتي عند الشافعي: دليل، وسنقيم عليه الدليل.

وأما إبطال العدد: فهو بناء على اعتبار مفهوم المخالفة، وهو ممنوع، ولو سلم فالقياس مقدم عليه باتفاق القائلين به، والإبطال الممنوع هو الإبطال بالنقص، أما بالزيادة بالعلة فلا، وتخصيص هذه الستة بالذكر: لأن عامة المعاملات الكائنة يومئذ بين المسلمين كان فيها.

وممن نقل عنه قصر حكم الربا على الستة: ابن عقيل من الحنابلة، وهو أيضًا مأثور عن قتادة وطاووس، قيل: فانحزم قوله: بإجماع القائسين. انتهى.

وعندنا: العِلّةُ: الكَيلُ مع الجِنس في المَكيلات، والوَزنُ مع الجِنس في المَوزونات[1].

وحُكمُه: وُجوبُ التَّسويةِ، ثم عند فَوتِها: تَثبُتُ الحُرمةُ.

ويَجِبُ أن يَكونَ الأصلُ هو الوُجوبَ، والحَظرُ بعارِضٍ؛ ليَصيرَ الأصلُ هو الإطلاقُ في التَّصرُّفات.

وبَيانُ ذلك: أنَّ النَّبيَّ عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ قال: «الحِنطةُ بالحِنطة»، أي بِيعوا الحِنطةَ بالحِنطة؛ لأنَّ الباءَ كَلِمةُ إلصاقٍ[2]، فدَلَّ على إضمار فِعلٍ، ودَلَّ عليه قَولُه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا تَبيعوا البُرَّ بالبُرِّ، إلا سَواءً بسَواءٍ»[3]، والنَّهيُ عن الشَّيء أمرٌ بضِدِّه، خُصوصًا إذا لَحِقه الاستِثناءُ، والحِنطةُ اسمٌ لمَكيلٍ قُوبِل بجِنسه.

وقَولُه: «مِثلًا بمِثلٍ» حالٌ لِما سَبَق، والأحوالُ شُروطٌ[4]، كما في قَوله: (إن دَخَلتِ الدَّارَ راكبةً فأنتِ طالِقٌ)، والأمرُ للإيجاب يكونُ، والبَيعُ مُباحٌ، فلا بُدَّ من صَرف الأمرِ إلى الحالة التي هي شَرطٌ، أي بِيعوا بوَصف المُماثَلة.

والمُرادُ بالمِثل: القَدْرُ؛ لِما رُوِي في حَديثٍ آخَرَ: «كَيلًا بكَيلٍ»[5].

---

(١) قال في «الهداية والفتح» ٧/ ٤: (فالعلة الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس... و) قد (يقال) بدل الكيل والوزن (القدر، وهو أشمل) وأخصر، لكنه يشمل ما ليس بصحيح، إذ يشمل العد والذرع، وليسا من أموال الربا، أي علة تحريم الزيادة كونه مكيلًا مع اتحاد البدلين في الجنس، فهي علة مركبة. انتهى.

(٢) في (هـ): لأن الباء حكمه إلصاق.

(٣) تقدم معناه في حديث عبادة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ عند مسلم (١٥٨٧).

(٤) كـ(إن دَخَلتِ الدّارَ راكِبةً). «الكافي» ٦/ ٤٢٨.

(٥) عن أبي هريرة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ قال: قال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الحنطة بالحنطة، والشعير=

والفَضلُ: اسمٌ لكلِّ زِيادةٍ.

وقَولُه: «ربًا» اسمٌ لزِيادةٍ هي حَرامٌ.

والمُرادُ بالفَضل الفَضلُ على القَدر؛ لأنَّ الفَضلَ لا يُتصوَّرُ إلا بِناءً على المُماثَلة.

والمُرادُ بالمُماثَلة إنَّما هو القَدرُ، بالنَّصِّ، فكذا الفَضلُ عليها لا مَحالةَ، فصار حُكمُ النَّصِّ وُجوبَ التَّسويةِ بينهما في القَدر، ثم الحُرمةُ بِناءً على فَوات حُكمِ الآمِر، هذا حُكمُ هذا النَّصِّ[1]، عَرَفناه بالتَّأمُّل في صيغة النَّصِّ.

ولا بُدَّ لهذا الحُكمِ من سَبَبٍ داعٍ، وليس ذلك إلا كونُ هذه الأموالِ أمثالًا مُتساوِيةً؛ لأنَّ المساواةَ إنَّما يُتصوَّر وُجوبُه في محَلٍّ قابِلٍ للمُساواة، ولن يَكونَ كذلك إلا بالقَدر والجِنسِ؛ لأنَّ كلَّ مَوجودٍ من الحوادَث مَوجودٌ بصُورَته ومَعناه، فإنَّما تَقومُ المُماثَلة بهما، والقَدرُ عِبارةٌ عن امتِلاء المِعيارِ[2]، فتَحصُلُ به المُماثَلةُ صورةً، والجِنسُ[3] عِبارةٌ عن المُشاكَلة في المَعاني، فتَثبُتُ به المُماثَلة مَعنًى، وسَقَطت الجَودةُ بالنَّصِّ، فصارت المُماثَلةُ ثابِتةً بهذين الوَصفَين، وصار سائِرُ الأعيان فَضلًا عن هذين المُتماثِلَين بمَنزلة شَرطِ الخَمرِ، فيَفسُدُ به البَيعُ.

=بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح.. كيلًا بكيل، ووزنًا بوزن، فمن زاد أو ازداد فقد أربى، إلا ما اختلف ألوانه». رواه الإمام أحمد (٧١٧١)، والنسائي في «الكبرى» (٦١١١).

وروى البيهقي (١٠٥٤١) عن أبي الأشعث الصنعاني أنه شاهد خطبة عبادة يحدث عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «الذهب بالذهب وزنًا بوزن، والفضة بالفضة وزنًا بوزن، والبر بالبر كيلًا بكيل، والشعير بالشعير كيلًا بكيل، والتمر بالتمر، والملح بالملح، فمن زاد أو استزاد فقد أربى».

(١) قوله: (هذا النص) غير مثبت في (هـ).

(٢) في (هـ): المعيار الشرعي.

(٣) في (و): والجنسية.

والعِلّةُ فيه: القَدْرُ مع الجِنس؛ لأنهما إذا استَوَيا قَدْرًا فقد استَوَيا صورةً، وإذا استَوَيا جِنسًا فقد استَوَيا مَعنًى، وإذا استَويا: حَرُمَ الفَضْلُ؛ لأن اشتِراطَه يكون سَبَبًا للمُنازَعة[1].

ومعنى قَولِهم[2]: (عِلّةُ الرِّبا: القَدرُ مع الجِنس) عِلّةُ وُجوبِ المُساواةِ التي يَلزَمُ عند فواتِها الرِّبا: القَدرُ مع الجِنسِ، أو عِلّةُ كونِ المالِ رِبَويًّا هذا.

قَولُه: (لأنَّ اشتِراطَه يَكونُ سَبَبًا للمُنازَعة) أي المُفسِدُ للبَيع في الحَقيقة: المُنازَعةُ، والمُنازَعةُ إنَّما تَثبُتُ عند الفضلِ على المُساواة قَدرًا وجِنسًا، وهما وإن رَضيا بذلك لكنَّ الطَّبعَ السَّليمَ لا يَنقادُ ظاهِرًا؛ إذ المَغبونُ غيرُ مَأجورٍ ولا مَحمودٍ، فربَّما يَقَعان في المُنازَعة، وهذا لأنَّ الإنسانَ مَجبولٌ على حُبِّ المالِ، وهذا الوَصفُ مُؤثِّرٌ عَقلًا، ومُعدِّلٌ شَرعًا.

ألا ترى أنَّ بَيعَ الجِذْعِ في السَّقف لا يَجوزُ وإن رَضِيا بذلك! لهذا المعنى.

وقال الشافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: العِلّةُ: الطَّعمُ أو الثَّمَنِيّة، والجِنسُ شُرِط تَعليقًا لاشتِراط التَّماثُلِ بما يكون سَبَبًا للغِرّة[3] والخَطَر.

قَولُه: (تَعليقًا لاشتِراط التَّماثُلِ...) إلى آخِره: أي الشَّرعُ شَرَط التَّماثُلَ والتَّقابُضَ في هذه الأموالِ، وذلك يُشعِرُ بالعِزَّة والخَطَرِ؛ لأنَّه متى تقيَّد طَريقُ إصابَتِه بشَرطٍ زائِدٍ: لا يَهونُ في أعيُن المُتملِّكين، فيَعظُمُ خَطَرُه عند النَّاسِ، كالعَقد الوارِدِ على الأبضاع، تَقيَّد بزِيادة شُروطٍ؛ تَعظيمًا لها.

---

(١) في (أ): للحظر والمنازعة.

(٢) في (هـ) و(ز): قوله.

(٣) كذا في (ج)، وفي (ب) و(د): للعز، وفي (أ): للغرر، لكنها مشطوبة.

فيُعلَّلُ بعِلّةٍ تُناسِبُ إظهارَ العِزِّ والخَطَرِ، وهو الطَّعم؛ لبَقاء الإنسانِ به، والثَّمنيّةُ؛ لبقاء الأموالِ التي مَناطُ المَصالِحِ بها.

وهذا لأنَّ الأموالَ إنَّما كانت سَبَبًا لبَقاء الأنفُسِ بوَصف أنَّها مَأكولٌ، أو وَسيلةٌ إلى المَأكول، ولهذا خَصَّ صاحِبُ الشَّرعِ الأشياءَ السِّتّةَ، وإنَّما فارَق غيرُها بهذا الوَصفِ.

والجَوابُ: أنَّ الطَّعمَ والثَّمنيّةَ من أعظَم وُجوهِ المَنافِعِ، والسَّبيلُ في[1] مِثلها[2] الإطلاقُ بأبلَغ الوُجوهِ؛ لشِدَّة الاحتياجِ إليها، دون التَّضييقِ، واعتُبِر هذا بالهَواء والماءِ وغيرِهما[3]، ألا ترى أنَّ الطَّعامَ في الغَنيمة يُباحُ قبلَ القِسمةِ، ولا يُباح غيرُه من الأموال! فتَعليلُ الحُرمةِ بما له أثَرٌ في الإطلاق لا في الحُرمة تَعليلٌ فاسِدٌ؛ لأنَّه يُؤدِّي إلى فَساد الوَضعِ.

ولا يَجوزُ بَيعُ الجَيِّد بالرَّديء مما فيه الرِّبا إلا مِثلًا بمِثلٍ؛ لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «جَيِّدُها ورَديئُها سَواءٌ»[4].

وإذا عُدِم الوَصفان -الجِنسُ والمَعنى المَضمومُ إليه-: حَلَّ التَّفاضُلُ والنَّساءُ، كالحِنطة بالدَّراهِم.

---

(١) في (ز): إلى.

(٢) أي في مثل هذه الأشياء التي تتعلق بها أعظم وجوه المنافع. «البناية» ٨/ ٢٦٨.

(٣) فإن السنة الإلهية جرت في حق جنس الإنسان أن ما كانت الحاجة إليه أكثر كان إطلاق الشرع فيه أوسع، كالماء والكلأ للدواب. «الفتح» ٧/ ٨.

(٤) قال في «نصب الراية» ٤/ ٣٧: غريب، ومعناه يؤخذ من إطلاق حديث ابن سعيد المتقدم في الحديث الأول. انتهى، أي رواية مسلم (١٥٨٤).

قَولُه: (والمَعنى المَضمومُ إليه) أي القَدرُ.

وإذا وُجِدا: حَرُم التَّفاضُلُ والنَّساءُ.

وإذا وُجِد أحدهُما وعُدِم الآخَر: حَلَّ التَّفاضُلُ، نحوَ أن يَبيعَ مَرْوِيًّا بمَرْوِيَّين يَدًا بيدٍ، وحَرُم النَّساءُ؛ لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «إذا اختَلَف النَّوعان: فبيعُوا كيفَ شِئتُم، بعدَ أن يكونَ يَدًا بيدٍ»[1].

الثِّيابُ المَرْوِيّةُ -بسُكون الرَّاءِ-: مَنسوبةٌ إلى بَلَدٍ بالعِراق على شَطِّ الفُراتِ، ولم يُرَد به مَرْوُ خُراسانَ[2].

قَولُه: «وإذا اختَلَف النَّوعانِ» أي الجِنسانِ؛ لأنَّ حُرمةَ التَّفاضُلِ ثابِتةٌ عند اختِلافِ النَّوعِ إذا لم يَختَلِف بالجِنس، كما إذا باع السَّقِّيّة بالبَخسِيّة[3].

(١) قال في «نصب الراية» ٤/ ٤: قال عَلَيْهِ السَّلَامُ: «إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم»: غريب بهذا اللفظ، وروى الجماعة (مسلم ١٥٨٧) إلا البخاري من حديث عبادة بن الصامت: أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مِثلًا بمثل، سواءً بسواء، يدًا بيد، وإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدًا بيد». انتهى.

وأخرجه الطبراني في «معجمه» (١٠١٧) من حديث بلال نحوه وقال فيه: «فلا بأس به واحد بعشرة»، وأخرجه الدارقطني في «سننه» (٢٨٥٣) عن أنس وعبادة بن الصامت عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «ما وزن فمثل بمثل، إذا كان نوعًا واحدًا، وما كيل فمثل ذلك، فإذا اختلف النوعان فلا بأس به». انتهى.

(٢) في نسخة الأصل خلاف هذا، حيث قال: ذكر في «المغرب»: (ثوب هَرَوي) بالتحريك، ومَرْوي بالسكون، منسوب إلى هراة ومرو، وهما قريتان معروفتان بخراسان، وعن خواهر زاده: هما على شط الفرات، لم نسمع ذلك لغيره. انتهى.

(٣) المسقوي من الزرع: ما يسقى بالسيح -أي بالماء الجاري-، وهو بالفاء تصحيف،=

والتَّمسُّكُ به على ما ادَّعاه مُشكِلٌ، ووَجهُه أن يَقولَ: ينبَغي أن تَثبُتَ حُرمةُ النَّساءِ إذا باع الحِنطةَ بالشَّعير بظاهر الحَديثِ، ثم[1] يَستَدِلَّ به على حُرمة بَيعِ المَرْويِّ بالمَرْويَّين؛ لأنَّه لَما ثَبَت حُرمةُ النَّساءِ عند اختِلاف النَّوعِ لَأنْ يَثبُتَ عند اتِّحاد النَّوعِ أَولى.

أو نَقولَ: ثَبَت بالنَّصِّ أنَّ أحَدَ الوَصفَين يَكفي لحُرمة النَّساءِ، وقد وُجِد أحَدُ الوَصفَين، فيما إذا باع مَرْويًا بمَرْويَّين، فيَحرُمُ دَلالةً.

وهذا لِما عُرِف أنَّ كُلَّ حُكمٍ تَعلَّق بوَصفَين مُؤثِّرَين لا يَتِمُّ نِصابُ العِلَّة إلا بهما: فلكُلِّ واحِدٍ منهما شُبهةُ العِلّة، فبُوجود القَدرِ أو الجِنسِ تَثبُتُ شُبهةُ العِلّةِ، والنَّقديّةُ أَوجَبت فَضلًا في الماليَّة، فتَتحَقَّقُ شُبهةُ الرِّبا، فتَثبُتُ بشُبهة العِلَّةِ، وهو أحَدُ الوَصفَين، وهو عِلَّةٌ تامَّةٌ لحُرمة النَّساءِ، وإن كان جُزءُ العِلَّةِ لحُرمة الفَضلِ، فلا يُؤدِّي إلى تَوزيع أجزاءِ الحُكمِ على أجزاء العِلَّة.

وكُلُّ شيءٍ نَصَّ رسولُ اللهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ على أنه مَكيلٌ: فهو مَكيلٌ أَبَدًا، وإن تَرَك النّاسُ الكَيلَ فيه، مثلَ الحِنطةِ، والشَّعيرِ، والتَّمر، والمِلح[2].

=والمظمئي: ما تسقيه السماء. «المختار» ص١٥٠.

البخسي: خلاف السقي، منسوب إلى البخس، وهو الأرض التي تسقيها السماء؛ لأنها مبخوسة الحظ من الماء، وفي «التهذيب»: البخسي من الزرع: ما لم يسق بماء غدير، إنما سقاه ماء السماء. «المغرب» ص٣٥.

(١) في (هـ): ولم.

(٢) من الوارد في كونها كيلية: ما رواه النسائي في «الكبرى» (٦١١١) عن عبادة بن الصامت قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الذهب بالذهب، تبره وعينه، وزنًا بوزن، والفضة بالفضة، تبره وعينه، وزنًا بوزن، والملح بالملح، والتمر بالتمر، والبر بالبر، والشعير بالشعير، كيلًا بكيل، فمن=

وكُلُّ ما نُصَّ على تَحريم التَّفاضُلِ فيه وَزنًا: فهو مَوزونٌ أبَدًا، مثلَ الذَّهَبِ والفِضّة[1]؛ لأن طاعةَ الرَّسولِ عَلَيْهِ السَّلَامُ واجِبةٌ[2].

وما لم يُنَصَّ عليه: يُعتبَر عاداتُ النّاسُ فيه.

(وكل شيءٍ نَصَّ رَسولُ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ...) إلى آخِره: النَّصُّ أقوى من العُرف؛ لأنَّ العُرفَ إنَّما صار حُجَّةً بالنَّصِّ، وهو قَولُه عَلَيْهِ السَّلَامُ: «ما رآه المُسلِمون حَسَنًا فهو عند اللهِ حَسَنٌ»[3]، والأَقوى لا يُترَكُ بالأدنى، فلا يُصارُ إلى العُرف مع وُجودِ النَّصِّ.

فعلى هذا: لو باع الحِنطةَ بالحِنطة مُتَساويًا وَزْنًا، والذَّهبَ بالذَّهب مُتماثِلًا كَيلًا: لا يَجوزُ، وإن تعارَفوا ذلك؛ لتَوهُّم الفَضلِ على ما هو المِعيارُ[4] فيه.

وعَقدُ الصَّرفِ ما وقَع على جِنس الأَثمان: يُعتبَر فيه قَبضُ عِوَضَيه في المَجلس؛ لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «الفِضّةُ بالفِضّة، هاءَ وهاءَ»[5].

=زاد أو ازداد فقد أربى، ولا بأس ببيع الشعير بالبر والشعير أكثرهما يدا بيد».

(١) روى مسلم (١٥٨٤) عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لا تبيعوا الذهب بالذهب، ولا الورق بالورق، إلا وزنًا بوزن، مثلًا بمثل، سواءً بسواء».

(٢) قال تعالى: ﴿وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَىٰكُمۡ عَنۡهُ فَٱنتَهُواْۚ﴾، والآيات والاحاديث في هذا المعنى تضيق عن الحصر.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) في (هـ): المعتاد.

(٥) رواه بهذا اللفظ: الدارمي (٢٦٢٠)، وقال في «نصب الراية» ٤/ ٣٧: قال عَلَيْهِ السَّلَامُ: «الفضة بالفضة هاء وهاء»: قلت: أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن مالك بن أوس بن الحدثان عن=

«هاءَ» بوَزن هاعَ: خُذ، أي يَقولُ كلُّ واحِدٍ من المُتعاقِدَين لصاحِبه: هاء، فيَتقابَضان[1].

وما سِواه مما فيه الرِّبا: يُعتبَرُ فيه التَّعيينُ، ولا يُعتبَر فيه التَّقابُض؛ لأنه يَصيرُ عَينًا بالتَّعيين.

والدَّراهمُ والدَّنانيرُ لا يَتعيَّنانِ إلا بالتَّقابُض.

(ممَّا فيه الرِّبا) أي ممَّا يَتحقَّقُ فيه الرِّبا، كالحِنطة بالحِنطة، فإنَّه لا يُشترَط التَّقابُض فيه عندنا؛ لأنَّ الواجِبَ في الصَّرف التَّعيينُ؛ ليَصيرَ المَحَلُّ[2] قابِلًا لحُكم العَقدِ، وهو التَّمكُّنُ من التَّصرُّفات، وذلك يَترتَّبُ على التَّعيين، غيرَ أنَّ التَّعيينَ في النُّقود لا يَتحقَّقُ إلا بالقَبض، فكان تَعيينُ أحدِهما شَرطًا لصلاحيَّة المَعقودِ عليه، وتَعيينُ الآخَرِ في مُقابَلته لتَحقيق المُساواةِ؛ لأنَّ العَينَ خيرٌ من الدَّين، وغيرُ النُّقودِ

=عمر بن الخطاب عن النبي ﷺ: «الذهب بالورق ربًا، إلا هاء وهاء، والبر بالبر ربًا، إلا هاء وهاء، والشعير بالشعير ربًا، إلا هاء وهاء، والتمر بالتمر ربًا، إلا هاء وهاء». انتهى. ورواه مالك في «الموطأ» عن الزهري عن مالك بن أوس به، ورواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» بلفظ: «الذهب بالذهب ربًا، إلا هاء وهاء، والورق بالورق ربًا، إلا هاء وهاء، والبر بالبر ربًا، إلا هاء وهاء...» إلى آخره سواءً، قيل: ورواه البرقاني في الذي خرجه على الصحيحين بلفظ: «الذهب بالذهب ربًا...» الحديث. وتقدم عند مسلم في حديث عبادة بن الصامت: «والفضة بالفضة، مثلًا بمثل، سواءً بسواء، يدًا بيد»، وأخرج مسلم أيضًا عن أبي بكرة قال: نهى رسول الله ﷺ عن الفضة بالفضة، والذهب بالذهب، إلا سواءً بسواء، وأمرني أن نشتري الفضة بالذهب كيف شئنا، ونشتري الذهب بالفضة كيف شئنا، قال: فسأله رجل، فقال: يدًا بيد؟ فقال: هكذا سمعت. انتهى، والحديث رواه البخاري لكن ليس فيه سؤال الرجل. انتهى.

(١) في (و): فيتعاقدان.

(٢) في (هـ): الحكم.

تَتعيَّنُ بالتَّعيين، فلا حاجةَ إلى التَّقابُضِ.

وهذا مَعنى قَولِه: (لأنَّه يَصيرُ عَينًا بالتَّعيين، والدَّراهِمُ لا تَتعيَّنُ إلا بالتَّقابُض).

ولا يَجوزُ بَيعُ الحِنطةِ بالدَّقيق ولا بالسَّويق؛ لأنه حِنطةٌ من وَجهٍ دون وَجهٍ، فلا بُدَّ من التَّساوي كَيلًا، والتَّساوي كَيلًا لا يُعرَف بين الحِنطة والدَّقيق.

(ولا يَجوزُ بَيعُ الحِنطةِ بالدَّقيق ولا بالسَّويق) أي لا مُتَساويًا ولا مُتَفاضِلًا؛ لأنَّه حِنطةٌ من وَجهٍ، فتكونُ المُجانَسةُ باقيةً من وَجهٍ، فيَكونُ المُسوَّى فيهما الكَيلُ، لكنَّ التَّساوِيَ كَيلًا لا يُعرَف بين الحِنطةِ والدَّقيقِ؛ لاكتِنازِهما[1] فيه[2]، وتَخلخُلِ حَبَّاتِ الحِنطةِ[3].

ويَجوزُ بَيعُ اللَّحمِ بالحَيوان عند أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

(ويَجوزُ بَيعُ اللَّحمِ بالحَيوان[4]...) إلى آخِره: الأصلُ في جِنسِ هذه المَسائِلِ: أنَّ المُجانَسةَ بين الشَّيئين تكونُ باعتِبار العَينِ تارةً، وباعتِبار ما في الضِّمن أُخرى[5].

---

(١) أي لاجتماعهما. «البناية» ٨/ ٢٨٣. والاكتناز: الامتلاء. «المغرب» ص١٧٧.

(٢) في (ز): فيه، وكتب فوقها: (خ)، وسقطت من (هـ). والضمير عائد على الكيل، أي المكيال.

(٣) يقال: أجزاؤه متخلخلة: أي في خلالها فُرَجٌ. فإذا كان كذلك صار كالمجازفة في احتمال الربا. «البناية» ٨/ ٢٨٣.

(٤) في (هـ): بالحيوان من جنسه.

(٥) ففيما وجدت المجانسة عينًا: لا تعتبر في الضمن، حتى يجوز بيع قفيز حنطة علكة بقفيز حنطة أكلها السوس، ولا يعتبر ما في الضمن، وفي الحنطة بالدقيق تعتبر المجانسة بما في الضمن حقيقةً، وإن كان ذلك شيئًا آخر حكمًا.

ثم لا مجانسة بين الزيت والزيتون صورةً، فإنما تعتبر المجانسة بما في الضمن وهو الزيت الذي في الزيتون، وبيع أحدهما بالآخر على أربعة أوجه... «المبسوط» ١٢/ ١٧٩.

وعند محمّدٍ: لا يَجوز، إلا أن يكونَ اللَّحمُ الصّافي أكثَرَ مِمّا في الشّاة من اللَّحم.

(وعند محمَّدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ لا يَجوزُ) أي إذا باعه بلَحمٍ من جِنسه، كلَحم الشَّاةِ بالشَّاة؛ لأنَّ اللَّحمَ في الحَيوان مَجهولٌ[1]؛ لأنَّ الشَّاةَ تَشتَمِلُ على اللَّحم والشَّحمِ وأشياءَ كَثيرةٍ، واللَّحمُ فيه أبيَنُ من الدُّهن في السِّمسِم، فلَمَّا اعتُبِر الدُّهنُ في السِّمسِم لجَريان الرِّبا لَأنْ يُعتبَرَ اللَّحمُ في الشَّاة أَولى.

ولهما: أنَّه باع المَوزونَ بالعَدديِّ المُتفاوِتِ، فيَجوزُ كيفما كان، كما لو باع الثَّوبَ بالقُطن.

وهذا لأنَّ المَوزونَ ما يُعرَف قَدرُه بالوَزن، ولا يُمكِنُ ذلك في الحَيوان؛ لأنَّه يُخفِّفُ نفسَه مرَّةً، ويُثَقِّلُ أُخرى؛ لاستِرخاء مَفاصِلِه، ألا ترى أنَّ المَيْتَ أثقَلُ من الحَيِّ، وإن كان أصغرَ جُثّةً منه؛ لاستِرخاءٍ وَقَع في المَيْت، والنِّسوانُ أثقَلُ من الرِّجال؛ لصَلابةٍ فيهم، واستِرخاءٍ فيهنَّ.

لمحمّدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن اللَّحمَ في الحَيوان غيرُ مَعلومٍ؛ فلا يَجوزُ بَيعُ اللَّحمُ به إلا بطَريق الاعتِبار، كما في بَيع الزَّيتونِ بالزَّيت، والسِّمسِم بالشَّيرَج، لا يَجوزُ بالاتِّفاق؛ إلا أن يكونَ الزَّيتُ أو الشَّيرَجُ الخالِصُ أكثَرَ من الدُّهن الذي في الزَّيتون والسِّمسِم، حتى يكونَ الدُّهنُ بمِثله، والباقي بمُقابَلة الثَّجير.

قَولُه: (إلا بطَريق الاعتِبارِ) وهو أن يَكونَ اللَّحمُ المُفرَزُ أكثَرَ من اللَّحم في الشَّاة، ليَكونَ اللَّحمُ بمُقابَلة ما فيه من اللَّحم، والباقي بمُقابَلة السَّقط.

فأما إذا كانا على السَّواء: لا يَجوز؛ لأن الدُّهنَ بالدُّهن والثُّفْلِ رِبًا.

---

(١) مثبتة من (و).

وكذا لو كان الشَّيرَجُ الخالِصُ أقلَّ مما في السِّمسِمِ؛ لأنه يكون الثُّفلُ وفَضلُ الدُّهن رِبًا.

وكذلك لو كان لا يُدرى؛ لأن عَدمَ الجَوازِ من وَجهَين.

قَولُه: (لأنَّ عَدَمَ الجَوازِ من وَجهَين) أي إذا كانا على السَّواء، أو كان الشَّيرَجُ الخالِصُ[١] أقلَّ[٢].

وفيه فائِدةٌ: فإنَّه لو كان جِهةُ الجَوازِ مع جِهة الفَسادِ مُتعارِضًا: كان الاعتِبارُ لجِهة الفَسادِ؛ تَرجيحًا للمُحَرِّم، فكيف وجِهةُ[٣] الجَوازِ مَرجوحةٌ؟!

وليس فيه إثباتُ التَّرجيحِ بما يَصلُحُ عِلَّةً، على أنَّ هذا جائِزٌ عند البَعضِ من أئمَّة الأصولِ[٤].

---

(١) في (هـ): الفاصل.

(٢) في (و): أولى.

(٣) في (هـ): فتكون جهة.

(٤) من وجوه الترجيح الفاسدة عند السادة الحنفية رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ: الترجيح بما يصلح علة مستقلة؛ لأنه ترجيح بكثرة الأدلة. كما في «تيسير التحرير» ٤/ ٩٦.

وعن الترجيح بكثرة الأدلة قال في «كشف الأسرار» ٤/ ٧٨: لما ذكرنا أن الترجيح لغةً وشريعةً إنما يقع بوصف هو تابع لا بما هو أصل، قلنا في ترجيح العلل: إنه لا يقع بما يصلح علة بانفراده؛ لأنه لا يصلح تبعًا، وإنما يقع الترجيح بوصف لا يصلح علة بانفراده، وهو قوة الأثر.

واعلم أن العلماء اختلفوا في الترجيح بكثرة الأدلة، مثل أن يكون في أحد الجانبين حديث واحد أو قياس واحد، وفي الآخر حديثان أو قياسان، فذهب بعض أهل النظر من أصحابنا وبعض أصحابي إلى أنه يصح الترجيح بها؛ لأن الدليل الواحد لا يقاوم إلا دليلًا واحدًا من جنسه، فيتساقطان بالتعارض، فيبقى الدليل الآخر سالمًا عن المعارضة، فيصح الاحتجاج به... =

التَّجيرُ: ثُفْلُ كلِّ شيءٍ يُعصَرُ.

ويَجوزُ بَيعُ الرُّطَبِ بالتَّمر مِثلًا بمِثلٍ، والعِنَبِ بالزَّبيب.

ويَجوزُ بَيعُ اللُّحمانِ المُختَلِفة بعضِها ببعضٍ مُتفاضِلًا.

وكذلك أَلبانُ البقَرِ والغَنَمِ.

وخَلُّ الدَّقَلِ بخَلِّ العِنَب؛ لاختِلاف الجِنس.

اللُّحمان بضم اللام: جمع الجمع للَّحم[1].

قَولُه: (لاختِلاف الجِنسِ) لأنَّ أصولَها أجناسٌ مُختَلِفةٌ[2]، حتى لا يُضَمُّ البَعضُ إلى البَعض في الزَّكاة.

وكذلك الأسامي مُختَلِفةٌ؛ لاختِلاف الإضافةَ، كدَقيق الحِنطةِ مع دقيق الشَّعيرِ، وكذلك لَحمُ البقَرِ والغَنَمِ.

والمَقصودُ مُختَلِفٌ أيضًا، فبعضُ النَّاسِ يَرغَبُ في بعض اللُّحومِ دون البَعضِ، وقد يَنفَعُه البَعضُ ويَضرُّه البَعضُ.

الدَّقَلُ: نَوعٌ من أردَإِ[3] التَّمرِ، وقيَّد به: لأنَّ الخَلَّ في الغالِب يُتَّخَذُ منه.

= وذهب عامة الأصوليين إلى أن الترجيح لا يقع بكثرة الأدلة؛ لأن الشيء إنما يتقوى بصفة توجد في ذاته لا بانضمام مثله إليه، كما في المحسوسات... إلخ.

(١) هذه الفقرة مثبتة من الأصل.

(٢) في الأصل: قوله: (لاختلاف الجنس) صورة واسمًا وحكمًا ومقصودًا، أما الصورة والاسم فظاهر، وأما الحكم: فلأنه انضم البعض إلى البعض في باب الزكاة...

(٣) في (ز): أرذل.

ويَجوزُ بَيعُ الخُبزِ بالحِنطة والدَّقيقِ مُتفاضِلًا؛ لاختِلاف الجِنس.

قَولُه: (لاختِلاف الجِنسِ) لأنَّ الخُبزَ[1] صار عَددِيًّا أو مَوزونًا، فخَرَج من أن يَكونَ كَيليًّا من كلِّ وَجهٍ، والحِنطةُ مَكيلةٌ.

بخِلاف الحِنطةِ والدَّقيقِ؛ لأنَّهما مَكيلان، فكانَت المُجانَسةُ باقيةً من وَجهٍ؛ لأنَّ عَمَلَ الطَّحنِ في تَفريق الأجزاءِ، ومَبنى[2] الرِّبا على الاحتياط، وإنَّما يَنقَطِعُ حَقُّ المالِكِ في الغَصب؛ لأنَّ ذلك يَعتَمِدُ على فَوات مُعظَمِ المقاصِدِ، لا على فَواته من كلِّ وَجهٍ.

ولا رِبا بين المَولى وعَبدِه؛ لأن مِلكَ العَبدِ له.

(ولا رِبا بين المَولى وعبدِه) هذا إذا كان مَأذونًا ولم يَكُن عليه دَينٌ، وقد أشار إليه في قوله:

(لأنَّ مِلكَ العَبدِ له) لأنَّ دَينَ العَبدِ يَمنَعُ مِلكَ المَولى عند أبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وعندهما: إن كان لا يَمنَعُ فلا يَخلو من التَّعلُّق[3]، فلا يَكونُ مِلكًا له مُطلَقًا.

ولا بين المُسلِمِ والحَربِيِّ في دار الحَرب؛ لأنه غيرُ مَعصوم.

قَولُه: (لأنَّه غيرُ مَعصومٍ) فيَكونُ آخِذًا مالًا مُباحًا بدون عُذرٍ، فيَجوزُ، بخِلاف المُستأمِنِ منهم؛ لأنَّ ماله صار مَحظورًا بعَقد الأمانِ، فيُفضي إلى الغَدر، وإنَّه حَرامٌ، واللهُ أعلَمُ.

---

(١) في (و): الجزء.

(٢) في (هـ) و(ز): ومعنى.

(٣) في (هـ): التعليق.

بابُ السَّلَم

بابُ السَّلَمِ

السَّلَمُ: أخذُ عاجِلٍ بآجِلٍ لُغةً، واختُصَّ بهذا الاسمِ: لاختِصاصه بحُكمٍ يَدُلُّ الاسمُ عليه، وهو تَعجيلُ أحَدِ البَدَلَين.

والهَمزةُ فيه للسَّلب، أي أزال سَلامةَ الدَّراهِمِ بالتَّسليم إلى مُفلِسٍ في مُؤجَّلٍ.

أو هو من التَّسليم؛ لأنَّ تَسليمَ رَأسِ المالِ لازِمٌ فيه.

والقِياسُ يَأبى جَوازَ هذا العَقدِ؛ لأنَّه بَيعُ المَعدومِ؛ إذ المَبيعُ هو المُسلَم فيه، لكنَّه جُوِّز رُخصةً بالنَّصِّ[1].

السَّلَمُ جائِزٌ في المَكيلات، والمَوزونات، والعَدَدِيّاتِ المُتقارِبةِ التي لا تَتفاوَت، كالجَوز والبَيض، وفي المَذروعات[2]؛ لأنه بَيعُ آجِلٍ بنَقدٍ، فلا بُدَّ أن يكونَ مَعلومًا مَضبوطًا؛ لئلا تُؤَدّيَ الجَهالةُ إلى المُنازَعة المانِعةِ من التَّسَلُّم والتَّسليم.

---

(١) أخرج الأئمة الستة في كتبهم (البخاري ٢٢٣٩ ومسلم ١٦٠٤) عن أبي المنهال عن ابن عباس قال: قدم النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ والناس يستلفون في الثمر السنتين والثلاث، فقال: «من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم».

(٢) في (أ): والمذروعات.

العَدديَّاتُ المُتقارِبةُ: هي التي لا يُفرَد[1] التَّفاوتُ بين اثنَين منها بالماليَّة[2].

بَيانُه: أنَّه لا يُشتَرى مَثَلًا ببَيضةٍ صَغيرةٍ وفَلْسٍ بَيضةٌ ضَخمةٌ، فيَكونُ التَّفاوتُ بينهما هَدْرًا في العُرف.

والمُرادُ بالمَوزونات: غيرُ الدَّراهِمِ والدَّنانيرِ؛ لأنَّهما أثمانٌ، والمُسلَمُ فيه لا بُدَّ أن يَكونَ مُثمَنًا.

ولا يَجوزُ السَّلَمُ في الحَيوان عندَنا.

وقال الشافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَجوزُ إذا وُصِف وَصفًا يَتميَّزُ به من غيره، كما في الكرابيس.

لنا: أن النبيَّ عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ نَهى عن السَّلَم في الحَيوان[3].

قَولُه: (إذا وُصِف وَصفًا يَتميَّزُ به من[4] غيره) بأن بَيَّن جِنسَه، ونَوعَه، وسِنَّه، وصِفتَه، بأن قال: (إنَّه إبِلٍ بَختِيٍّ[5]، بنتُ مَخاضٍ، جيِّدٌ)، كذا في «مَبسوط» فَخرِ الإسلامِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

ولا يَجوزُ السَّلَمُ في أَطراف الحَيوان، ولا في الجُلود عَدَدًا، ولا في الحَطَب حُزَمًا، ولا في الرَّطْبة جُرَزًا؛ للجَهالة.

---

(١) في (ز): لا يعوده.

(٢) عبارة الأصل: هي التي لا تتفاوت آحادها بالمالية.

(٣) رواه الدارقطني (٣٠٥٩)، والحاكم (٢٣٤١).

(٤) في سوى (و): عن.

(٥) البُخت: نوع من الإبل... الواحد بُختِيّ... وهو أعجمي معرب. «المصباح» ١/ ٣٧.

الجُرْزةُ: القُبضةُ من القَتِّ[1] ونحَوِه، أو الحِزمةُ؛ لأنَّها قِطعةٌ، ومنها قَولُه: باع القَتَّ[2] جِرَزًا، وما سِواه تَصحيفٌ، كذا في «المُغرِب».

وفي بعض النُّسَخِ: (جِزَزًا) بكَسر الجيم وزائَين، جَمعُ جَزَّةٍ، وهي الحِزمةُ من الرَّطْبة.

قَولُه: (للجَهالة) لأنَّ هذه الأشياءَ ممَّا تَتفاوَتُ، فلا تُعلَم بذِكر العَدَدِ، فتتمكَّنُ المُنازَعةُ.

ولا يَجوزُ السَّلَمُ حتى يكونَ المُسلَمُ فيه مَوجودًا من حين العَقدِ إلى حين المَحِلّ.

قَولُه: (ولا يَجوزُ السَّلَمُ...) إلى آخِره: في هذا اللَّفظِ إشارةٌ إلى أنَّه إذا كان مَوجودًا عند العَقد ولم يَكُن مَوجودًا عند المَحِلِّ، أو على العَكس، أو كان مَوجودًا عند العَقدِ والمَحِلِّ مُنقَطِعًا: لا يَجوزُ السَّلَمُ.

وقال الشافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَجوز؛ لوُجود القُدرةِ على التَّسليم إذا كان مَوجودًا عند المَحِلّ.

قَولُه: (لوُجود القُدرةِ على التَّسليم) أي القُدرةُ على التَّسليم إنَّما تُشتَرَطُ زَمانَ وُجوبِ التَّسليمِ، وزَمانُ وُجوبِ التَّسليمِ زَمانُ حُلولِ الأجَلِ، فيُشتَرَطُ الوُجودُ عنده، وقد وُجِد، كما في سائر العُقودِ، فإنَّ زَمانَ وُجوبِ التَّسليمِ هناك زَمانُ العَقدِ، فيُشتَرَطُ الوُجودُ عنده.

---

(١) في (ز): القتد.

(٢) في (ز): القتد.

لنا: أنه يُحتَمَل أن يَتَعَجَّل بمَوت مَن عليه السَّلَمُ قبلَ تَمامِ الأَجَل، فلا يَقدِرُ على تَسليمه، واحتِمالُ الفَسادِ في هذا العَقدِ مُلحَقٌ بحقيقة الفَساد.

لنا: أنَّ القُدرةَ على تَسليم المَعقودِ عليه شَرطُ جَوازِ العَقدِ، ولم يُوجَد؛ لاحتِمال أن يَتعجَّلَ بمَوت مَن عليه السَّلَمُ.

والمُرادُ من السَّلَم المُسلَمُ فيه.

(واحتِمالُ الفَسادِ في هذا العَقدِ مُلحَقٌ بحَقيقة الفَسادِ) وهذا جَوابُ إشكالٍ، وهو أن يُقال: حَياتُه ثابِتةٌ في الحال، والأَصلُ بَقاؤُه، والمَوتُ مَوهومٌ قبلَه، فلا يُعتبَرُ، كما في سائِر العُقودِ، فقال: (واحتِمالُ الفَسادِ...) إلى آخِره.

وهذا من خَواصّ هذا العَقد، سُئِل النبيُّ عَلَيْهِ السَّلَامُ عن السَّلَم في ثِمار حائِطٍ بعَينه، فقال عَلَيْهِ السَّلَامُ: «لو أَذهَب اللهُ تعالى ثَمرةَ هذا الحائِط، بِمَ يَستَحِلُّ أَحدُكُم مالَ أَخيه المُسلِم؟!»[1].

ثم ذَهابُ ثَمَرةِ الحائِطِ مَوهومٌ، ومع هذا جَعَله كالمُتحقِّق في مَنع جَوازِ السَّلَمِ، وهذا مَخصوصٌ بهذا العَقدِ؛ فإنَّه إذا باع عَبدًا يَجوزُ، وإن احتَمَلَ الهلاكَ أو الإباقَ قبل التَّسليمِ.

ولا يَصِحُّ السَّلَمُ إلا مُؤجَّلًا.

وقال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: يَجوزُ حالًّا؛ لما رُوِي أن النبيَّ عَلَيْهِ السَّلَامُ: نَهى عن بَيع ما ليس عند الإنسان، ورَخَّص في السَّلَم[2]، مُطلَقًا.

---

(١) رواه البخاري (٢٢٠٨) ومسلم (١٥٥٥) بلفظ: «أرأيت إن منع الله الثمرة»، وبدون ذكر السؤال.

(٢) قال الحافظ في «الدراية» ٢/ ١٥٩: لم أجده هكذا، نعم! هما حديثان: أحدهما: «لا تبع ما=

لنا: قولُ النَّبِيِّ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «من أَسلَم منكم فلْيُسلِم في كَيلٍ مَعلومٍ، ووَزنٍ مَعلومٍ، إلى أَجَلٍ مَعلومٍ»(١).

ولا بُدَّ أن يكونَ الأَجَلُ مَعلومًا؛ نَفيًا للجَهالة.

قَولُه عَلَيْهِ السَّلَامُ: «إلى أَجَلٍ مَعلومٍ»: أَمَر بالإسلام بهذه الصِّفةِ، فلا يَجوزُ بدونه.

والمُرادُ: بَيانُ أنَّ الأَجَلَ من شَرائط السَّلَمِ، كالرَّجُل يَقولُ: من أراد الصَّلاةَ فليتوضَّأ(٢)، لا(٣) أن يَكونُ المُرادُ به أنه إذا أَسلَم مُؤَجَّلًا أن يَكونَ الأَجَلُ مَعلومًا.

وبعضُ مَشايِخنا(٤) يَقولون: إنَّ أدنى الأَجَلِ فيه شَهرٌ؛ لأنَّ ما دونَه في حُكم العاجِلِ، كما عُرِف في الأَيمان(٥).

=ليس عندك»، ثانيهما: الرخصة في السلم، ولم أره بهذا اللفظ، إلا أن القرطبي في «شرح مسلم» ذكره أيضًا. انتهى.

قلت: الأول رواه أبو داود (٣٥٠٣)، والترمذي (١٢٣٢)، والنسائي (٤٦١٣)، وابن ماجه (٢١٨٧).

واستشهد الزيلعي في «نصب الراية» ٤/ ٤٥ للحديث الثاني فقال: وأما الرخصة في السلم: فأخرج الأئمة الستة في كتبهم (البخاري ٢٢٣٩ ومسلم ١٦٠٤) عن أبي المنهال عن ابن عباس قال: قدم النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ والناس يستلفون في الثمر السنتين والثلاث، فقال: «من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم».

(١) رواه البخاري (٢٢٣٩)، ومسلم (١٦٠٤)، كلاهما بلفظ السلف بدل الإسلام. وهكذا خرجه الحافظ في «الدراية» ٢/ ١٥٩.

ورواه بلفظ الإسلام: ابن راهويه (٨٣٢)، وابن أبي عاصم في «الآحاد والمثاني» (٢٠٨٢).

(٢) فالوضوء شرط للصلاة، لا للتخيير بقضية الأمر بالصلاة معلقًا بالإرادة.

(٣) في (و): إلا.

(٤) في (و): أصحابنا.

(٥) أي استدلالًا بمسألة كتاب الأيمان إذا حلف المدين ليقضين دينه عاجلًا فقضاه قبل تمام=

ولا يَصِحُّ السَّلَمُ بمِكيالِ رَجُلٍ بعَينه، ولا بذِراع رَجُلٍ بعَينه، ولا في طَعامِ قَريةٍ بعينها، أو ثَمَرة نَخلةٍ بعينها؛ لاحتِمال الفَواتِ قبلَ التَّسليم.

قَولُه: (بمِكيال رَجُلٍ بعَينه، أو بذِراع رَجُلٍ بعَينه) هذا إذا لم يُعرَف مِقدارُه؛ لأنَّه ربَّما يَضيعُ، فيُؤَدِّي إلى المُنازَعة.

والمُرادُ بمِكيالٍ معيَّنٍ: سَواءٌ كان له أو لغيره.

ولو كانت النِّسبةُ لبَيان الصِّفةِ بأن قال: (زَندنَيجيٌّ)[1]: يَجوزُ؛ لأنَّ الثَّوبَ الزَّندنَيجيَّ ما يُنسَجُ على صِفةٍ مَعلومةٍ، فسواءٌ نُسِج على تلك الصِّفةِ في تلك القَريةِ أو في غيرِها يُسَمَّى زَندنَيجيًا ،كذا في «المَبسوط».

ولا يَصِحُّ السَّلَمُ عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ إلا بسَبْع شَرائِط؛ في خَمسٍ اتِّفاقٌ: إعلامُ الجِنس، والقَدْرِ، والوَصفِ، والأَجَلِ، والنَّوعِ.

إعلامُ الجِنسِ بأن قال: حِنطةٌ أو شَعيرٌ.

والقَدرِ بأن قال: قَفيزٌ أو قَفيزان.

=الشهر: بر في يمينه، فإذا كان ما دون الشهر في حكم العاجل كان الشهر فما فوقه في حكم الآجل. «المبسوط» ١٢/ ١٢٧.

وقال في «الكافي» ٦/ ٥١٤: وأَقَلُّ الأجَلِ شهرٌ في الأصَحّ، وعليه الفَتوى؛ لأن من حَلَف لَيَقضِيَنَّ حقَّه عاجِلًا، فقَضاه قبلَ تَمامِ الشَّهرِ: بَرّ.

وإذا كان ما دونَ الشَّهرِ في حُكم العاجِلِ كان الشَّهرُ وما فوقَه في حُكم الآجِلِ.

وقِيل: ثَلاثةُ أيّامٍ، كالأجَل في شَرط الخِيارِ.

وقِيل: أكثَرُ من نِصف يومٍ؛ لأن الْمُعجَّلَ ما قُبِض في الْمَجلِس، والْمُؤجَّلَ ما لم يُقبَض فيه، ولا يَبقى الْمَجلِسُ بينَهما أكثَرَ من نِصف يومٍ عادةً.

(١) الزندنيجي: منسوب إلى زندنة، قرية ببخارى. «المغرب» ص٢١١.

والوَصفِ بأن قال: جَيِّدٌ أو ورَدِيءٌ أو وَسَطٌ.

والأجَلِ بأن قال: إلى شَهرٍ.

والنَّوعِ بأن قال: سَقِيٌّ[1] أو بَرِّيٌّ[2].

وشَرَط أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ أيضًا: مَعرِفةَ مِقدارِ رَأسِ المالِ إذا كان مما يَتَعَلَّقُ العَقدُ على مِقداره، كالمَكيل، والمَوزون، والمَعدود، وتَسميةَ المَكانِ الذي يُوفِيه فيه إذا كان له حَمْلٌ ومُؤنةٌ.

قَولُه: (إذا كان ممَّا يَتعلَّقُ العَقدُ على مِقداره، كالمَكيل، والمَوزونِ، والمَعدودِ) قال الشَّيخُ الإمامُ بَدرُ الدِّينِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: هذا احتِرازٌ عن المَذروعات، والحَيوانات، وما أشبهَ ذلك؛ فإنَّه يَصيرُ مَعلومًا بالتَّعيين والإشارةِ، فلا يُحتاجُ إلى إعلام قَدرِه وقيمَتِهِ في صِحَّة كَونِه رَأسَ مالِ السَّلَمِ بالإجماع.

ولَهما في المَسألة: لا حاجة إلى إِعلام قَدرِ رَأسِ المَال؛ لأن الإِعلامَ حَصَل بالإشارة إلى رَأس المال، ألا ترى أن البَيعَ يَجوز!

(ولهما: أنَّ الإعلامَ حَصَل بالإشارة) أي المَقصودُ هو الإعلامُ، وقد حَصَل ذلك بالإشارة؛ لأنَّها أبلَغُ أسبابِ التَّعريفِ.

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه يَحتَمِلُ أن يَجِدَ البَعضَ سَتّوقةً أو زُيوفًا، ولا يَستَبدِلَه في المَجلس، فيَفسُدُ العَقدُ، فلا يُعرَفُ قَدرُ الباقي، واحتِمالُ الفَساد ههنا يوجِبُ الفَسادَ؛ لأن العَقدَ على المَعدوم في الحال، وإنما يَصِحُّ بالتَّيقُّن بالقُدرة على التَّسليم،

---

(١) في (ز): سقوي. وقد تقدم معناه.

(٢) ما نبت بماء السماء.

ولم يوجَد.

(وله: أَنَّه يَحتَمِلُ أن يَجِدَ البَعضَ سَتُّوقةً...) إلى آخِره: بَيانُه: أنَّ جَهالةَ قَدرِ رَأسِ المالِ تؤدِّي إلى جَهالة المُسلَمِ فيه؛ لأنَّ المُسلَمِ إليه إذا أَخَذ رأسَ المالِ وأنفقه على نَفسه -كما يَفعَلُه المُحتاجون- رَبَّما يَبقى في يَده زُيوفٌ؛ لأنَّ الدَّراهِمَ لا تَخلو عن الزَّيْف، وله أن يَدفَعَ الزُّيوفَ إلى رَبِّ السَّلَمِ، وربَّما لا يَتَّفِقُ الاستِبدالُ في مَجلس الرَّدِّ، فيَنتَقِصُ[1] العَقدُ بذلك القَدرِ، وإذا لم يَكُن مِقدارُ رَأسِ المالِ مَعلومًا: لا يُدرَى في كم انتَقَص وفي كم بَقِيَ، وإذا كان مَعلومًا بوَزن الزُّيوفِ: فيُعلَمُ في كم انتَقَص وفي كم بَقِيَ، وما يُؤدِّي إلى جَهالة المُسلَمِ فيه يَجِبُ الاحتِرازُ عنه، وإن كان مَوهومًا.

وهذا بخِلاف ما إذا كان رَأسُ المالِ ثَوبًا؛ لأنَّ الذَّرعَ صِفةٌ في الثَّوب المُعيَّنِ، ولهذا لو اشتَرى ثَوبًا عَشَرةَ أذرُعٍ، فوَجَده أحَدَ عَشَرَ ذِراعًا: فإنَّه تَسلَمُ له الزِّيادةُ، ولو وَجَده تِسعةَ أذرُعٍ: لا يُحَطُّ شَيءٌ من الثَّمَنِ.

وإذا كان الذَّرعُ وَصفًا: فلا يَكونُ البَدَلُ بمُقابَلته؛ لأنَّه لا يُقابِلُ الأوصافَ، فلم يَكُن المُسلَمُ فيه مُنقَسِمًا على عَدَد الذُّرعانِ، فجَهالةُ قَدرِ الذُّرعانِ لا يُؤدِّي إلى جَهالة المُسلَمِ فيه، فأمَّا ههنا البَدَلُ بمُقابَلته؛ لأنَّه قَدْرٌ، فيُؤدِّي إلى جَهالة المُسلَمِ فيه، فيَمنَعُ صِحَّةَ العَقدِ.

قَولُه في الكِتاب: (ولا يَستَبدِلُه في المَجلِس) أي في الحال هكذا، حتى لو استَبدَل في المَجلس: لا يَفسُدُ العَقدُ في شيءٍ.

(فيَفسُدُ العَقدُ) أي في هذا القَدرِ.

---

(١) في (ز): فينقض. وفي (هـ) غير منقوطة.

(فلا يُعرَفُ قَدرُ الباقي) بأن كان الباقي هالِكًا، فلا يُعرَفُ، حتى يَجوزُ العَقدُ بمِقداره، ويَبطُلُ في قَدر الزُّيوفِ.

(واحتِمالُ الفَسادِ ههنا...) جَوابٌ عن إشكالٍ، وهو أن يُقالَ: إنَّ هذا أمرٌ مَوهومٌ، والمَوهومات لا تُعتبَرُ، فقال:

المَوهومُ مُعتبَرٌ[1] هنا؛ لأنَّه شُرِع مع المُنافي؛ إذ العَقدُ وَقَع على المَعدوم[2]، وشَرطُ جَوازِ البَيعِ وُجودُ المعقود عليه، فتُؤَثِّرُ فيه الشُّبهةُ الواهيةُ.

ولهما في مَسألة مَكانِ الإيفاء: أنه يَتعَيَّنُ مكانُ العَقد، كما في القَرض، والبَيع، والغَصب.

هما يَقولان: إنَّ مَكانَ العَقدِ يَتعيَّنُ، كما في القَرض والغَصبِ، إمَّا لوُجود السَّبَبِ المُوجِب للالتِزام[3] فيه، وهو العَقدُ والاستِقراضُ، أو لأنَّه لا يُزاحِمُه مَكانٌ آخَرُ.

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن العَقدَ لا يَتَعَيَّنُ مَكانًا، ولا يَجِبُ التَّسليمُ في الحال لِيَتعَيَّنَ ذلك المَكانُ ضَرورةَ وُجوبِ التَّسليم[4]، وبهذا فارَق البَيعَ، والقَرضَ، والغَصب.

قَولُه: (وبهذا فارَق البَيعَ، والغَصبَ، والقَرضَ) يعني في القَرض التَّسليمُ واجِبٌ عَقيبَه، وكذا في الاستِهلاك التَّسليمُ مُستَحَقٌّ عَقيبَ الاستِهلاكِ، فيَتعيَّنُ هذا المَكانُ ضَرورةَ وُجوبِ التَّسليمِ فيه، لا لأنَّ العَقدَ يَقتَضي التَّعيينَ؛ لأنه ليس في العَقد ما يُنبِئُ عنه.

(١) في (و): فعاد الموهوم معتبراً.

(٢) في (و): الموهوم.

(٣) في (و): للإلزام.

(٤) في (أ): التعيين.

ولا يَجوزُ السَّلَمُ حتى يَقبِضَ رَأسَ المالِ قبل أن يُفارِقَه؛ لئلا يكونَ دَينًا بدَينٍ.

قَبضُ رأسِ المالِ واجِبٌ، سَواءٌ كان دَينًا أو عَينًا.

أما إذا كان دَينًا: فلأنَّه افتِراقٌ عن دَينٍ بدَينٍ، وقد نَهى النَّبيُّ عَلَيْهِ السَّلَامُ عن الكالِئِ بالكالِئِ[1].

وإن كان عَينًا: ففي القِياس: لا يُشتَرَطُ قَبضُه؛ لأَنَّهما افتَرَقا عن عَينٍ بدَينٍ، وذلك جائِزٌ، كبَيعِ العَينِ بثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ، وإذا[2] استَحسَنَّا وشَرَطنا[3] القَبضَ؛ لأنَّ السَّلَمَ أخذُ عاجِلٍ بآجِلٍ، فيُشتَرَطُ كونُ أَحَدِ البَدَلَين فيه معجَّلًا، كما يُشتَرَط أن يكونَ الآخَرُ مُؤَجَّلًا؛ ليَتوفَّرَ[4] على[5] هذا العَقدِ مُقتَضاه، وذلك إنَّما يَحصُلُ بالقَبضِ في المَجلِس.

ولا يَجوزُ التَّصَرُّفُ في رَأس المال، ولا في المُسلَم فيه قبل قَبضِه.

ولا تَجوزُ الشِّرْكَةُ والتَّوليةُ في المُسلَم فيه؛ لأنه بَيعُ المَبيعِ قبل قَبضِه.

قَولُه: (لأَنَّه بَيعُ المَبيعِ قبل قَبضِه) هذا دَليلٌ على المَجموع، أما في غير رَأسِ

---

(١) رواه الطبراني (٤٣٧٥)، والدارقطني (٣٠٦٠)، والبيهقي (١٠٥٣٦).

والكالئ بالكالئ: أي بيع النسيئة بالنسيئة، قال أبو عبيد: صورته: أن يسلم الرجل الدراهم في طعام إلى أجل، فإذا حل الأجل يقول الذي عليه الطعام: ليس عندي طعام، ولكن بعني إياه إلى أجل، فهذه نسيئة انقلبت إلى نسيئة، فلو قبض الطعام ثم باعه منه أو من غيره لم يكن كالئًا بكالئ. «المصباح» ٢/ ٥٤٠.

(٢) في (ز): ولكنا، والمثبت من (و).

(٣) في (ز): أو شرطنا، والمثبت من (و).

(٤) في (هـ): ليتوقف.

(٥) مثبتة من (و).

المالِ فظاهِرٌ، وكذا فيه؛ لأنَّ رَأسَ المالِ أُخِذ شَبَهًا بالمَبيع؛ لأنَّ المَبيعَ ما يُقصَد[1] تَملُّكُه بالعَقد، وعَقدُ السَّلَمِ يُقصَد به تَملُّكُ رَأسِ المالِ، ولهذا نُقِل وَصفُ العَينيّةِ إلى رَأس المالِ في هذا العَقدِ؛ تَحقيقًا للمَبيعيّةِ.

ولهذا لو تَقايَلا السَّلَمَ: لم يَكُن له أن يَشتَرِيَ من المُسلَم إليه برَأس المالِ شيئًا حتى يَقبِضَه، ولو كان ثَمَنًا: لجاز.

والشِّرْكةُ: أن يُشرِكَ آخرَ في المُسلَمِ فيه، وإنَّه بَيعُ بعضِ المَبيعِ.

وصُورةُ التَّوليةِ ظاهِرةٌ.

ويَجوزُ السَّلَمُ في الثِّياب إذا بَيَّن طُولًا، وعَرْضًا، ورُقعةً؛ لما رُوِي عن ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه أَجاز السَّلَم في الكَرابيس[2].

يُقال: رُقْعةُ[3] هذا الثَّوبِ جَيِّدةٌ، يُرادَ به غِلظَتُه وثَخانَتُه، وهو مَجازٌ.

ولا يُقالُ: السَّلَمُ ثَبَت بخِلاف القِياسِ، والنَّصُّ إنَّما وَرَد في المَكيل والمَوزون، حيث قال: «من أسلَم منكم فليُسلِم في كَيلٍ مَعلومٍ، ووَزنٍ مَعلومٍ»[4]، فبَقِي الباقي على القِياسِ..

---

(١) في (هـ): ما يفصل.

(٢) روى ابن أبي شيبة (٢١٤١٠) عن ابن عباس أنه سئل عن السلم في الكرابيس فقال: لا بأس إذا كان في ذرع معلوم إلى أجل معلوم.

(٣) في (ز): رقعة.

(٤) رواه البخاري (٢٢٣٩)، ومسلم (١٦٠٤)، كلاهما بلفظ السلف بدل الإسلام. وهكذا خرجه الحافظ في «الدراية» ٢/ ١٥٩.

ورواه بلفظ الإسلام: ابن راهويه (٨٣٢)، وابن أبي عاصم في «الآحاد والمثاني» (٢٠٨٢).

لأنَّ النَّصَّ خُصَّ منه العَدَديّاتُ المُتقارِبةُ، فيُخَصُّ الذَّرعِيُّ بالقياس، على أنَّ الأثَرَ في مثل هذا كالخَبَر[1].

ولا يَجوزُ السَّلَمُ في الجَواهِر والخَرَز؛ للجَهالة.

ولا بأس في السَّلَم في اللَّبِن والآجُرِّ إذا سَمّى مِلبَنًا مَعلومًا.

الجَواهِرُ الكِبارُ تَتفاوَتُ غايةَ التَّفاوُتِ بالصَّفاء والتَّدوير، فلا يَجوزُ السَّلَمُ فيها.

أمَّا صِغارُ اللُّؤلؤِ التي تُباعُ وَزنًا، وتُجعَلُ في المُفرَّج[2]: يَجوزُ السَّلَمُ فيها.

وكُلُّ ما أمكنَ ضَبطُ صِفَته ومَعرِفةِ مِقدارِه: جاز السَّلَمُ فيه.

وما لا يُضبَط صِفتُه، ولا يُعرَف مِقدارُه: لا يَجوزُ السَّلَمُ فيه.

ثم ذَكَر أصلًا تَتخَرَّجُ منه المَسائِلُ، كما هو دَأبُ هذا الكِتابِ فقال: (كُلُّ ما أمكَنُ ضَبطُ صِفَتِه...) إلى آخِره.

وهذا لأنَّ المُسلَمَ فيه دَينٌ، والدَّينُ إنَّما يُعرَف بالوَصف، فإذا لم يُعرَف بالوَصف: يَبقى مَجهولًا، فيُؤدِّي إلى المُنازَعة المانِعةِ من التَّسليم والتَّسلُّمِ.

(١) أي أثر ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا المذكور في المتن كالخبر المرفوع هنا؛ لأنه من المقدرات.

(٢) المُفَرَّجُ: المشط. «تاج العروس» ٦/ ١٤٥.

فصلٌ ﴿في مسائلَ متفرّقةٍ من البُيوع﴾

فصلٌ

ويَجوزُ بَيعُ الكَلبِ المُعَلَّم، والفَهد، والسِّباع؛ لأنه مما يُنتَفَع بها.

قَولُه: (لأَنَّها يُنتَفَعُ بها) أمَّا المُعلَّمُ: فبالاصطِياد، وأما غيرُه: فبالحِراسة.

وإذا كان مُنتَفَعًا بها: كان مالًا، فيَجوزُ بَيعُه.

وقَولُه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إنَّ من السُّحْت مَهرَ البَغيِّ، وثَمَنَ الكَلبِ»[1]: مَحمولٌ

---

(١) رواه الطبراني (٦٦٩٦) بلفظ: «من السحت: ثمن الكلب، ومهر البغي، وكسب الحجام».

وقال في «الدراية» ٢/ ١٦١: ابن حبان (٤٩٤١) من طريق قيس بن سعد عن عطاء عن أبي هريرة رفعه: «إن مهر البغي وثمن الكلب وكسب الحجام من السحت»، وأخرجه الدارقطني (٣٠٦٤) من وجهين ضعيفين عن عطاء.

ورواه أبو يعلى والنسائي في «الكبرى» (٤٦٦٦) من طريق إبراهيم بن محمد: سمعت السائب بن يزيد رفعه: «السحت ثلاث: مهر البغي، وكسب الحجام، وثمن الكلب»...

وأصل الحديث في الصحيحين (البخاري ٢٢٣٧ ومسلم ١٥٦٧) عن أبي مسعود: أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن.

وعن رافع بن خديج رفعه (مسلم ١٥٦٨): «ثمن الكلب خبيث، ومهر البغي خبيث، وحلوان الكاهن خبيث». =

على ابتِداء الإسلامِ؛ ليَكونَ قَلْعًا لهم عن العادة المَألوفةِ في اقتِناء الكِلابِ.

ولا يَجوزُ بَيعُ الخَمْرِ والخِنزير؛ لأن النبيَّ عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ قال في الخَمر: «إن الذي حَرَّم شُربَها حَرَّم بَيعَها وأَكْلَ ثَمَنِها»[1]، ولأنه ليس بمالٍ في حَقِّنا.

(ولا يَجوزُ بَيعُ الخَمرِ والخِنزيرِ).

ولا يُقال: إنَّه داخِلٌ في قَوله: (إذا كان أَحَدُ العِوَضَين أو كلاهما مُحَرَّمًا).

لأنَّ ذلك أصلٌ تُخرَّجُ منه المَسائِلُ، فيَجوزُ إيرادُ النَّظائِرِ بعده.

ولا يجوزُ بيعُ دودِ القَزِّ إلا أن يكونَ مع القَزِّ، ولا بَيعُ النَّحلِ إلا مع الكُوَّارات؛ لأنه مالٌ مُتقَوَّمٌ.

وأهلُ الذِّمّةِ في البيع والشِّراءِ كالمُسلمين؛ إلا في الخَمرِ والخِنزيرِ خاصّةً؛ لأن عَقدَهم على الخَمر والخِنزيرِ جائزٌ عندَهم؛ لأنهما مالانِ مُتقَوَّمانِ في حَقِّهم.

الكُوَّارةُ -بالضَّمِّ والتَّشديدِ-: مُعسَّلُ النَّحلِ إذا سُوِّيَ من طينٍ.

= ولمسلم (١٥٦٩) عن جابر: أن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ زجر عن ثمن الكلب.

(١) رواه مسلم (١٥٧٩) دون ذكر أكل الثمن. وبه رواه الإمام أحمد (٢١٩٠) بلفظ: «هل علمت أن الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها».

كتابُ الصَّرف

كتابُ الصَّرف

اعلَم أنَّ الأموالَ أنواعٌ:

منها: ما هو ثَمَنٌ بكلِّ حالٍ، صَحِبها الباءُ أو لم يَصحَبها، قُوبِل بجِنسها أو بغيرها، كالحَجَرَين[1].

ومنها: ما هو مَبيعٌ بكلِّ حالٍ، كالثِّياب، والدَّوابِّ، وما ليس بمِثليٍّ.

ومنها: ما هو ثَمَنٌ من وَجهٍ، مَبيعٌ من وَجهٍ، كالمَكيل والمَوزونِ، فإنَّها إذا لم تكُن مُعيَّنةً[2]، وصَحِبها الباءُ، وقابَلها مَبيعٌ: فهي ثَمَنٌ، وإن لم يَصحَبها الباءُ، وقابَلها ثَمَنٌ: فهي مَبيعةٌ.

ومنها: ما صارت أثمانًا بالاصطِلاح، وهي سِلعةٌ في الأصل، وإن كانت رائِجةً: فهي ثَمَنٌ لا يَتعيَّنُ بالتَّعيين، وإن كانت كاسِدةً: فهي سِلعةٌ[3].

---

(١) أي الذهب والفضة.

(٢) في (ز): مبيعة.

(٣) ويدخل فيها اليوم العملات الورقية بجميع أنواعها، والعملات المعدنية مما سوى الحجرين، وهل العملات الرقمية المستحدثة مما يدخل تحت هذا النوع؟ ولعلنا نكتب ذلك في=

والثَّمَنُ: ما يَثبُتُ دَينًا في الذِّمّة، كذا نُقِل عن الفَرَّاء.

واعلَم أنَّ الصَّرفَ أخَصُّ من البيع؛ إذ كلُّ صَرفٍ بَيعٌ[(١)]، ولا يَنعَكِسُ[(٢)].

وإنَّما سُمِّي به: للحاجة إلى النَّقل في بَدَلَيه من يَدٍ إلى يَدٍ.

والصَّرفُ: هو النَّقلُ والرَّدُّ لُغةً، قال اللهُ تعالى: ﴿ثُمَّ ٱنصَرَفُواْۚ صَرَفَ ٱللَّهُ قُلُوبَهُم﴾ [التَّوبَة:١٢٧]، ومنه تَصريفُ الرِّياحِ، أي تَرديدها.

أو لأنَّه لا تُطلَب منه إلا الزِّيادةُ، إذ لا يُنتَفَعُ بعَينه.

والصَّرفُ هو الزِّيادةُ لُغةً، ومنه سُمِّيَت العِبادةُ النَّافِلةَ صَرفًا، كما جاء في الحَديث[(٣)].

وإنَّه اسمٌ لعُقودٍ ثَلاثةٍ: بَيعُ الذَّهَبِ بالذَّهَب، وبَيعُ الفِضَّةِ بالفِضَّة، وبَيعُ أحدِهما بالآخَر.

الصَّرفُ: هو البَيعُ إذا كان كلُّ واحِدٍ من عِوَضيه من جِنس الأَثمانِ، وهو الذَّهَبُ والفِضَّةُ.

=بحث مستقلٍّ إن شاء الله تعالى، فالمسألة أعقد من مسألة الفلوس والعملات الاصطلاحية القديمة بكثير، والله الموفق للصواب.

(١) لأن كل واحد من عوضيه من جنس الأثمان، فهو بيع خاص.

(٢) فليس كل بيع صرفًا، لأن من البيوع ما يكون سلعة بنقد وهو الأصل، أو سلعة بسلعة، وغير ذلك.

(٣) روى مسلم (١٣٧٠) مرفوعًا: «ومن ادعى إلى غير أبيه، أو انتمى إلى غير مواليه: فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين، لا يقبل الله منه يوم القيامة صَرفًا ولا عدلًا». قال المصنف في «الكافي» ٦/ ٥٧٥: أي: لا تَطوُّعًا ولا فرضًا.

قَولُه: (من جِنس الأثمانِ) إنما قال هكذا: لأنَّ النُّقرةَ[1] تَتعيَّنُ بالتَّعيُّن في روايةٍ[2]، فلا يَكونُ ثَمَنًا مُطلَقًا.

وعَقدُ[3] الصَّرفِ يَشمَلُ التِّبرَ والمَضروبَ.

فإن باع فِضّةً بِفِضّةٍ، أو ذَهَبًا بذَهَبٍ: لا يَجوزُ إلا مِثلًا بمِثلٍ؛ لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «الذَّهَبُ بالذَّهَب، مِثلًا بمِثلٍ، يَدًا بيَدٍ، والفَضلُ رِبًا، والفِضّةُ بالفِضّة مِثلًا بمِثلٍ، يَدًا بيَدٍ، والفَضلُ رِبًا[4]»[5].

---

(١) تقدم كلام المصنف في كتاب الشركة: النُّقرةُ: القِطعةُ المُذابةُ من الذَّهَب والفِضّةِ، كذا في «المُغرِب».

(٢) تقدم الكلام عن هذا، وقولُ المصنف في الشركة: وهذا الذي ذَكَره هنا يُوافِقُ ما ذُكِر في كتاب الصَّرفِ، وذَكَر في «الجامِع الصَّغيرِ»: أنَّ التِّبرَ سِلعةٌ لا يَصلُحُ رأسَ المالِ.

(٣) في (و): وعند.

(٤) في (أ): لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، مثلًا بمثل، يدًا بيد، والفضل ربًا».

(٥) روى مسلم (١٥٨٧) عن عبادة بن الصامت قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلًا بمثل، سواءً بسواء، يدًا بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف، فبيعوا كيف شئتم، إذا كان يدًا بيد».

وروى مسلم (١٥٨٤) أيضًا عن أبي سعيد الخدري قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلًا بمثل، يدًا بيد، فمن زاد أو استزاد فقد أربى، الآخذ والمعطي فيه سواء».

وروى مسلم أيضًا (١٥٨٨) عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الذهب بالذهب وزنًا بوزن مثلًا بمثل، والفضة بالفضة وزنًا بوزن مثلًا بمثل، فمن زاد أو استزاد فهو ربًا».

وروى البخاري (٢١٧٦) : «الذهب بالذهب مثلًا بمثل، والورق بالورق مِثلًا بمثل».

وكذلك إن اختلَفت في الجَودة والصِّياغة؛ قال عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ: «جَيِّدُها ورَديئُها...»[1].

(وكذلك إن اختلَفت في الجَودة والصِّياغةِ[2]) أي لا يَجوزُ إلا مِثلًا بمِثلٍ، والافتِراقُ المُعتبَرُ في الصَّرف بالأبدان، حتى لو قاما ومَشَيا فَرسَخًا، ثم تَقابَضا قبل أن يُفارِقَ أحدُهما صاحِبَه: جاز.

ولا بُدَّ من قَبض العِوَضين قَبل الافتِراق؛ لقوله عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ: «يَدًا بيَدٍ»[3]، والمُرادُ به القَبضُ؛ لأن التَّعيينَ لا يَحصُلُ إلا بالقَبض.

قَولُه: (لأنَّ التَّعيينَ لا يَحصُلُ إلا بالقَبض) أي التَّعيينُ واجِبٌ، وذا لا يَحصُلُ في الدَّراهِم والدَّنانيرِ إلا بالقَبض؛ لأنَّهما لا يَتعيَّنانِ، فشُرِط القَبضُ ليَتعيَّنَ، لا لأنَّ القَبضَ واجِبٌ بعَينه[4].

وكذلك الذَّهَبُ بالفِضّة لا يَجوزُ فيها النَّساءُ، ووَجَب التَّقابُضُ؛ لأنه يَجِب قَبضُ أحدِهما؛ لئلا يُؤَدّيَ إلى دَينٍ بدَينٍ، فيَجِبُ قَبضُ الآخَرِ ليَتَعيَّنَ؛ لأن بَيعَ الدَّينِ لا يَجوز.

فإن افترَقا في الصَّرف قبل قَبضِ العِوَضين، أو أحدِهما: بَطَل العَقدُ.

(بَيعُ الدَّينِ لا يَجوزُ) لفَوات المُساواةِ؛ لأنَّ النَّقدَ خَيرٌ من النَّسيئة[5].

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) في (هـ) و(و): والصناعة.

(٣) تقدم آنفًا.

(٤) في سوى (ز): لعينه.

(٥) لأنها على عرض التوى دونه. «التبيين» ٤/ ١٣٥، وهو مثل سائر، كما في «البناية» ٨/ ٣٦٦.

والقَبضُ في الصَّرف بالبَراجِم[1]، وإنه شَرطٌ لبقاء النَّقدِ[2]، لا لصِحَّته، ألا ترى أنَّه قال: (فإن افترَقا في الصَّرف قبل قَبضِ العِوَضَين أو أحدِهما: بَطَل العَقدُ) ولا بُطلانَ إلا بعد الصِّحّةِ والانعِقادِ، كذا قاله الشَّيخُ الإمامُ بدرُ الدِّينِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

ولا يَجوزُ التَّصرُّفُ في ثَمَن الصَّرفِ قبل قَبضه؛ لأنه بَيعُ المَبيعِ من وَجهٍ.

قَولُه: (لأنَّه بَيعُ المَبيعِ من وَجهٍ) وهذا لأنَّ البَيعَ لا بُدَّ له من المَبيع، ولا شيء سوى الثَّمنَين، فيُجعَلُ كلُّ واحِدٍ منهما مَبيعًا؛ لعَدَم الأَولويّةِ، وبَيعُ المَبيعِ قبل القَبضِ لا يَجوزُ، وليس من ضَرورة كونِه مَبيعًا التَّعيينُ، كالمُسلَم فيه.

على أنّا لا نَدَّعي أنَّه مَبيعٌ مُطلَقًا، بل هو مَبيعٌ من وَجهٍ، وإنه كافٍ لسَلْب الجَوازِ؛ إذ الشُّبهةُ مُلحَقةٌ بالحَقيقة في باب الحُرُمات.

ويَجوزُ بَيعُ الذَّهَبِ بالفِضّة مُجازَفةً؛ لأن التَّفاضُلَ غيرُ حَرامٍ.

ومَن باع سَيفًا مُحَلًّى بمِائة دِرهَمٍ، وحِليَتُه خَمسونَ دِرهمًا، فدَفَع من ثَمنه خَمسين: جاز البَيع، وكان المَقبوضُ حِصَّةَ الفِضّة، وإن لم يُبيِّن ذلك.

وكذلك إن قال: (خُذْ هذه الخَمسينَ من ثَمَنهما)؛ لأنه لو صُرِف إلى الفِضّة:

---

(١) البراجم: رؤوس السُّلاميات -عظام الأصابع- من ظهر الكف، إذا قبض الشخص كفه نشزت وارتفعت، وقال في «الكفاية»: البراجم رؤوس السلاميات، والرواجم بطونها وظهورها، الواحدة بُرجمة، مثل: بندقة. «المصباح» ١/ ٤٢.

وفي «المغرب» ص٤٢: وقولهم: الأخذ بالبراجم: عبارة عن القبض باليد، وفيه نظر. انتهى، قلت: لعل وجه النظر ان القبض يكون بباطن الكف والأصابع لا بظهورها، والمخلص حمله على المجاز.

(٢) في (ز): العقد، والمثبت من (و).

يَجوزُ العَقد، ولو صُرِف إليهما، أو إلى النَّصل، والجَفْن، والحَمائِل: يَفسُدُ في الكُلّ، أو في شيءٍ من الفِضّة؛ لوجود الافتِراقِ قبل التَّقابض.

نَصلُ[1] السَّيفِ: حَديدته.

جَفْنُ السَّيفِ: غِمدُه.

حِمالةُ السَّيفِ -بكَسر الحاءِ-: مَحمِلُه.

(لو صُرِف إلى كذا يَجوزُ، ولو صُرِف إلى كذا يَفسُدُ)[2] وأمورُ المُسلِمين مَحمولةٌ على الصَّلاح[3] والسَّدادِ مهما أمكَنَ، قال عَلَيْهِ السَّلَامُ: «لا تَظُنَّنَّ بكَلَمةٍ خَرَجت من في أخيك المُسلِم سُوءًا، وأنتَ تَجِدُ لها في الخَير مَحمَلًا»[4].

وقد يُعبَّرُ اسمُ الاثنَين عن الواحِد، قال اللهُ تعالى: ﴿يَخْرُجُ مِنْهُمَا ٱللُّؤْلُؤُ وَٱلْمَرْجَانُ﴾ [الرَّحْمَٰن:٢٢]، والمُرادُ أحدُهما؛ لأنَّهما يَخرُجانِ من المِلْح لا من العَذْب، وقال تعالى: ﴿نَسِيَا حُوتَهُمَا﴾ [الكَهْف:٦١]، والنَّاسي صاحِبُ موسى عَلَيْهِ السَّلَامُ، ألا ترى إلى قَوله: ﴿فَإِنِّي نَسِيتُ ٱلْحُوتَ﴾ [الكَهْف:٦٣]، وقال تعالى: ﴿قَدْ أُجِيبَت دَّعْوَتُكُمَا﴾ [يُونُس:٨٩]،

---

(١) في (و). فصل.

(٢) هذا اختصار لعبارة المتن كما هو ظاهر.

(٣) في (هـ) و(ز): الصحة.

(٤) رواه البيهقي في «الشعب» في حديث طويل (٧٩٩٢) عن سعيد بن المسيب عن بعض الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، وقال البيهقي في آخره: وقد روينا بعض هذه الألفاظ عن أمير المؤمنين عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

ورواه المحاملي في «أماليه» (٤٦٠) والمخلص في «المخلصيات» (٣٠٣٩) وابن أبي الدنيا في «مداراة الناس» (٤٥) والأصبهاني في «الترغيب والترهيب» (١٦٢٠) جميعهم عن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

والدَّاعي كان مُوسى عَلَيْهِ السَّلَامُ، وقال صلى الله عليه والسلام: «إذا سافَرتُما فأذِّنا وأَقيما»[1]، والمُرادُ أحدُهما، وتَمامُه يُعرَف[2] في «الجامِع».

قَولُه: (يَفسُدُ في الكُلِّ) أي في كلِّ الفِضَّة، إذا كان مَصروفًا إلى النَّصْل، والجَفْنِ[3]، والحَمائِلِ.

(أو في شيءٍ من الفِضَّة) إذا كان مَصروفًا إليهما.

فإن لم يَتَقابَضا حتى افتَرَقا: بَطَل البَيعُ في الحِلية؛ لأنه صَرْفٌ.

وأما السَّيفُ إن كان لا يَتخَلَّصُ إلا بضَرَرٍ: فَسَد فيه أيضًا، كما لو باع جِذْعًا في السَّقف، وإن كان يتَخَلَّصُ بغير ضَرَرٍ: جاز البَيعُ في السَّيف، وبَطَل في الحِلية؛ لعدَم التَّقابُض.

قَولُه: (وبَطَل في الحِلية؛ لعَدَم التَّقابُضِ) ولا يُقالُ: إنَّ فيه تَفريقَ الصَّفقةِ، فيَنبَغي أن لا يَجوزَ في الكُلِّ: لأنَّ ذلك إنَّما يَكونُ بعد وُجودِ العَقدِ، والعَقدُ لم يَنعَقِد في الحِلية؛ لفَقد شَرطِ الجَوازِ.

---

(١) رواه الترمذي (٢٠٥)، والنسائي (٦٣٤)، ورواه البخاري (٦٣٠) عن مالك بن الحويرث قال: أتى رجلان النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يريدان السفر، فقال النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إذا أنتما خرجتما فأذنا ثم أقيما، ثم ليؤمكما أكبركما». ورواه (٦٥٨) عن مالك بن الحويرث عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «إذا حضرت الصلاة فأذنا وأقيما، ثم ليؤمكما أكبركما». ورواه مسلم (٦٧٤) عن مالك بن الحويرث قال: أتيت النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنا وصاحب لي، فلما أردنا الإقفال من عنده قال لنا: «إذا حضرت الصلاة فأذنا ثم أقيما، وليؤمكما أكبركما».

(٢) سقطت من (ز).

(٣) في (ز): أو الجفن.

فإن قيل: لا كذلك، فالبَيعُ مَوجودٌ فيهما، بدَليل[1] قوله: (بَطَلَ العَقدُ).

قيل له: اختَلَف المَشايخُ فيه، على أنَّ التَّفريقَ إنَّما يَكونُ أن لو كان هذا مُضافًا إلى العاقِل[2]، كما في النَّظائِر، ولم يُوجَد، فكان الإناءُ مُشترَكًا بينهما؛ لأنَّه صَرفٌ في الكُلِّ، وقد وُجِد التَّقابُضُ في البَعض دون البَعضِ، فيَفسُدُ في البَعض دون البَعضِ، ولا يَشيعُ الفَسادُ؛ لأنَّه طارِئٌ.

ومن باع إناءَ فِضَّةٍ وقَبَض بعضَ ثَمَنِه، ثم افترَقا: بَطَلَ البيعُ فيما لم يُقبَض، وصَحَّ فيما قُبِض، وكان الإناءُ مُشترَكًا بينهما.

وإن استُحِقَّ بعضُ الإناءُ: فالمُشتَري بالخِيار، إن شاء أَخَذ الباقيَ بحِصَّته، وإن شاء رَدَّ؛ لأنه تَعيَّبَ بعَيبِ الشِّرْكةِ من غير صُنعِه؛ لأن الشِّرْكةَ بالأَعيان عَيبٌ.

وفي قَوله: (من غير صُنعِه) إشارةٌ إلى الفَرق، فإنَّ في المَسألة الأُولى وَقَعت الشِّرْكةُ بصُنعه، وهو المُفارَقةُ قبل أن يَنقُدَ بعضَ الثَّمَنِ، فلا خِيارَ له، بخِلاف المَسألةِ الثَّانيةِ.

الشِّرْكةُ في الأعيان المُجتَمِعةِ عَيبٌ: لأنَّها تَنتَقِضُ بالتَّبعيض.

ولهذا لو تَزَوَّج امرأةً على دارٍ، فاستُحِقَّ بعضُها: يَثبُتُ للمَرأة الخِيارُ، ولا يَثبُتُ الخِيارُ في المَهر إلا عن عَيبٍ.

فإذا كانت الشِّرْكةُ عَيبًا: كان له الخِيارُ كسائِر العُيوبِ[3]، فإن اختار الأَخذَ: فهو

(١) في (هـ): بدلالة.

(٢) في (و): الواحد.

(٣) في (هـ): ولا يثبت للمرأة الخيار المهر إلا عن عيب وإذا كانت الشركة عيبا كان له الخيار كسائر العيوب، وفي (و): ولا يثبت الخيار في المهر كسائر العيوب.

له بحِصَّته.

وإن باع قِطعةَ نُقْرةٍ ثم استُحِقَّ بعضُها: أَخَذ الباقيَ بحِصَّته، ولا خِيارَ له في الباقي؛ لأن الشَّرْكةَ فيه ليس بعَيبٍ، ألا ترى أنه لا يَنتَقِصُ بالتَّفريق! ولا كذلك الإناءُ.

ومَن باع دِرهَمَينِ ودينارًا بدِرهَمٍ ودينارَين: جاز البَيع، ويُجعَلُ الجِنسُ بخِلافه؛ تَصحيحًا للعَقد، وفيه خِلافُ زفر.

(ومَن باع دِرهَمَينِ ودينارًا...) لزفرَ والشافعيِّ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: أنَّ البَدَلَين متى قُوبِلا ببدَلَينِ من الجانِب الآخَرِ: يَنقَسِمُ كلُّ بَدَلٍ من هذا الجانِبِ على البَدلَين من ذلك الجانِبِ، وكذلك كلُّ بَدَلٍ من ذلك الجانِب على البَدَلَين من هذا الجانِبِ، بقضيَّة الإطلاقِ في المُقابَلة، ومتى وَجَبت المُقابَلةُ هكذا: صار كلُّ جُزءٍ من هذا الجانِبِ مُقابَلًا بالجُزئَين من ذلك الجانِبِ أو بثَلاثةٍ، ومتى كانت بين الأجزاءِ مُجانَسةٌ: يَتحَقَّقُ فيه شُبهةُ الرِّبا.

لنا: أنَّه قابَل الدِّرهَمَ بالدِّينار، والدِّينارَ بالدِّرهَمِ، فيَجوزُ، كما لو نَصَّ عليه، وهذا لأنَّ قَولَه: (بِعتُ درهمَين ودينارًا بدِرهَمٍ ودينارَين) يَقتَضي مُطلَقَ المُقابَلةِ، لا مُقابَلةَ الكُلِّ بالكُلِّ، ولا الأجزاءَ بالأجزاء، ولا مُقابَلةَ العَينِ بالعَين من جِنسه، ولا من خِلاف جِنسِه؛ لأنَّ ذلك مُقابَلةٌ مُقيَّدةٌ، والمُطلَقُ ضِدُّ المُقيَّدِ، فلا يُفهَم منه ما يُفهَم من المُقيَّد، ولكن مع هذا يَحتَمِلُ كلَّ نَوعٍ من أنواع المُقابَلةِ.

وعلى هذا: كُلُّ مُطلَقٍ يَحتَمِلُ أنواعَ المُقيَّدِ، لا[1] بقَضيَّة الصِّيغةِ، ولكن لأنَّ الذَّات لا تَخلو عن وَصفٍ من الأوصاف، فاحتَمَل كلَّ وَصفٍ منه، كالرَّقبة يَتناوَلُ

(١) في (و): ولا.

المُسلِمةَ والكافِرةَ، والصَّغيرةَ والكَبيرةَ، لا باعتِبار ذاتِ الاسمِ.. بل لِما ذَكَرنا.

ولَمَّا ثَبَت أنَّ الأنواعَ في احتِمال المُقابَلةِ على السَّواء نَقولُ:

لو حُمِل هذا المُطلَقُ على سائِر وُجوهِ المُقابَلةِ: يَفسُدُ العَقدُ، ولو حُمِل على هذا الوَجهِ: يَصِحُّ، فكان حَملُ كَلامِه على وَجهٍ فيه صِحَّةُ العَقدِ أَولى من حَمله على وَجهٍ فيه فَسادُ عَقدِه؛ إذ تَصحيحُ كَلامِ البالِغِ العاقِلِ بقَضيَّة دِيانَتِه وعَقلِه واجِبٌ ما أمكنَ، ولهذا حُمِل كَلامُه على المَجاز في مَوضِعٍ لا يَصِحُّ إلا بالحَمل عليه[1]، ويُدرَجُ في كَلامه ما لم يَتلَفَّظ به في مَوضِعٍ لا يَصِحُّ إلا بذلك الطَّريقِ، ولهذا قُلنا جَميعًا: إذا باع عَبدًا بألف دِرهَمٍ، وفي البَلد نُقودٌ مُختَلِفةٌ، وبعضُها أروجُ: يُحمَلُ مُطلَقُ كَلامِه عليه؛ تَصحيحًا له، وإن كان فيه تَقييدُ كَلامِه.

ومَن باع أَحَد عَشَر دِرهمًا بعَشَرة دَراهِمَ ودينارٍ: جاز البَيعُ، والعَشَرةُ بمِثلها، ودينارٌ بدِرهَمٍ؛ تَصحيحًا للعَقد.

ويَجوزُ بَيعُ دِرهَمٍ صَحيحٍ ودِرهَمينِ غَلَّةٍ، بدِرهَمين صَحيحَين ودِرهَمٍ غَلَّةٍ؛ تَجويزًا للعَقد.

الغَلَّةُ: ما يَرُدُّه بَيتُ المالِ، ويَأخُذُه التُّجارُ.

قَولُه: (تَجويزًا[2] للعَقد) أي لا يُجعَل الدِّرهمان الصَّحيحان في مُقابَلة الصَّحيحِ، ولا الغَلَّتانِ في مُقابَلة غَلَّةٍ، بل يُصرَف الصِّحاحُ[3] إلى الغَلَّة، والغَلَّتان إلى الصَّحيح؛

(١) في (و): لا يصح لأنا نحمله عليه.

(٢) في (و): تحريرًا.

(٣) في (و): الصحيح.

تَجويزًا للعَقد، كما في المُسائِل المُتقدِّمةِ.

فإن قيل: الجَودةُ سَاقطِةُ العِبرةِ، فلا يُحتاجُ إلى هذا التَّجويزِ والتَّصحيحِ.

قيل: يَحتَمِلُ أن تكونَ الغَلَّةُ عندَه[1]: الدِّرهَمَ المَغشوشَ، كالنَّبهرَجة والسَّتُّوقةِ.

فعلى هذا: لا يَكونُ هذا تَفاوُتًا في الوَصف، بل في القَدر، واللهُ أعلَمُ.

وإذا كان الغالِبَ على الدّراهِم الفِضّةُ: فهي في حُكم الدّراهِم؛ لأن قَليلَ الغِشِّ لا يُخرِجُه من الدِّرهَمِيّة؛ لأنه لا يَخلو غالِبُ دَراهِمِ النّاسِ عن قَليل الغِشّ.

(الدَّراهِمُ لا تَخلو عن قَليل الغِشِّ) لأنَّها لا تَنطَبِعُ إلا مع الغِشِّ، وقد يَكونُ الغِشُّ خَلْقيًّا، كما في الرَّديء منها، فيُلحَقُ الغِشُّ القَليلُ بالرَّداءة، والجَيِّدُ والرَّديءُ فيه سواءٌ.

وإذا كان الغالِبَ على الدّنانير الذَّهَبُ فهي ذَهَبٌ، ويُعتَبَرُ فيهما[2] من تَحريم التَّفاضُلِ ما يُعتبَرُ في الجِياد.

قَولُه: (يُعتبَرُ فيها ما يُعتبَر في الجِياد) حتى لا يَجوزُ بَيعُ الخالِصةِ بها، ولا بَيعُ بَعضِها ببعضٍ إلا مُتساوِيًا في الوَزن.

ثم ذُكِر في بعض النُّسخ: (فيهما)، وفي بعضها: (فيها)، وعلى التَّقديرَين: الضَّميرُ[3] راجِعٌ إلى الدَّراهِم والدَّنانيرِ.

وإن كان الغالِبَ عليهما الغِشُّ: فليسا في حُكم الدّراهِمِ والدَّنانير.

---

(١) في (و): عبرة، وفي (هـ) غير منقوطة.

(٢) في (أ) و(د): فيها.

(٣) في (هـ): الضمير من.

وإذا بيعَت بجِنسِهما مُتفاضِلًا: جاز، ويُصرَفُ الفِضّةُ إلى خِلاف جِنسِها؛ لأن الغِشَّ مُعتبَرٌ لغَلَبَته، والفِضّةُ أيضًا مُعتبَرةٌ لغَلَبَتها.

قَولُه: (فإن كان الغالِبَ عليهما الغِشُّ...) إلى آخِره: هذا الذي ذَكَره إذا كانت الفِضَّةُ لا تَخلُصُ من الغِشِّ؛ لأنَّها صارَت مُستَهلكةً، فلا اعتِبارَ بها، وأما إذا كانت تَخلُصُ من الغِشِّ: فلَيست بمُستَهلكةٍ، فإذا بِيعَت بفِضَّةٍ خالِصةً: فهي كبَيع نُحاسٍ وفِضةٍ بفِضةٍ، فيَجوزُ على الاعتِبار(١).

وإذا اشتَرى بها سِلعةً ثم كَسَدت قبل التَّسلِيم، وتَرَكَ النّاسُ المُعامَلةَ بها: بَطَل البَيعُ عند أبي حنيفة.

(وإذا اشتَرى بها سِلعةً) أي بالدَّراهِم المَغشوشةِ.

(فكَسَدت) أي في جَميع البُلدان، حتى لو كانت تَروجُ في بعضها دون البَعضِ: فعلَيه رَدُّ المِثلِ، كذا اختاره الفَقيهُ أبو اللَّيثِ رَحِمَهُ اللَّهُ(٢).

قَولُه: (بَطَل البَيعُ) قيل: مَعناه أنَّ البَيعَ يَخرُجُ من أن يَكونَ لازِمًا، ويُخيَّرُ البائِعُ في نَقضه.

والصَّحيحُ: أنَّ البَيعَ يَبطُلُ حَقيقةً؛ لأنَّها إذا كَسَدت: خَرَجت من كونها ثَمَنًا، وصارَت مَبيعةً في الذِّمّة، والمَبيعُ في الذِّمّة لا يَجوزُ إلا في السَّلَم، ولم يَقصِدا ذلك، فيَفسُدُ العَقدُ.

وعند أبي يوسف: عليه قيمَتُها يومَ البَيع؛ لأنه المَضمونُ بالبَيع.

(١) فيصرف من الفضة إلى الفضة بقدرها، وما تبقى منها يكون بمقابلة النحاس.

(٢) قوله: (كذا اختاره الفقيه أبو الليث رَحِمَهُ اللَّهُ) غير مثبت في (و).

وقال محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: قيمَتُها آخِرَ ما تعامَلَ النّاسُ بها؛ لأنه انتَقَل من النَّقدِيّة إلى غيرها الآن.

الضَّميرُ في قوله: (وقال أبو يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: عليه قيمَتها) وقَولِه: (قال محمَّدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: عليه قيمَتها) راجعٌ إلى الدَّراهِم المَغشوشةِ، والدَّليلُ عليه: قَولُه: (لأنَّه انتَقَل من النَّقديّة إلى غيره الآن)، وهذا لا يَصلُحُ دَليلًا لوُجوب قيمةِ السِّلعةِ البَتَّةَ، وكيف يُمكِنُ صَرفُ الضَّميرِ إلى السِّلعة، ووُجوبُ قيمةِ المَبيعِ من أحكام البَيعِ الفاسِدِ، والبَيع باقٍ عندهما على الصِّحة؟!

ويَجوزُ البَيعُ بالفُلوس، فإن كانت نافِقةً: جاز البَيعُ وإن لم يُعَيِّن؛ لأنه لا غَرَضَ له في تَعَيُّنها إذا كانت سَواءً، وإن كانت كاسِدةً: لا يَجوزُ البَيعُ بها حتى يُعَيِّنَ؛ لأنها سِلعةٌ يَختَلِفُ الغَرَضُ به.

قَولُه: (لأنَّه لا غَرَضَ في تَعيينه إذا كانت سَواءً) يعني إنَّما لم يُشتَرط التَّعيينُ في الأثمان: لأنَّه لا غَرَض في تَعيينه، والفُلوسُ أثمانٌ، فيَكونُ الحُكمُ فيها هكذا، بخِلاف السِّلَعِ؛ لأنَّه يَختَلِفُ[1] الغَرَضُ بها، فلا بُدَّ من تَعيينها.

وإذا باع بالفُلوس النافِقةِ ثُم كَسَدت: بَطَل البَيعُ عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن الكَسادَ هَلاكٌ، ولا يُعرَفُ ما يُوازيه من القيمة.

(ولا يُعرَف ما يُوازيه من القيمة) هذا جَوابٌ عمَّا قالا: أنَّه إذا تَعذَّر رَدُّ الفُلوسِ: يَجِبُ رَدُّ القيمةِ.

ومن اشترى شَيئًا بنِصف دِرهَمٍ فُلوسٍ: جاز البَيعُ عندنا، وعليه ما يُباع بنصف

(١) في (ز): لا يختلف.

دِرهَمٍ من الفُلوس؛ لأن المَعلومَ من نِصف دِرهَمٍ فُلوسٍ هذا.

(ومن اشتَرى شيئًا بنِصف دِرهَمٍ فُلوسٍ...) إلى آخِره: هذا الذي ذَكَره يَصِحُّ إذا كان قَدرُ الدَّراهِمِ عِبارةً عن قَدر الفُلوسِ، كما يَكونُ في بعض البِلادِ، فإذا كان كذلك: صار كأنَّه صَرَّح به، فيَجوزُ.

وإنَّما قَيَّد بنِصف دِرهَمٍ من الفُلوس: لأنَّه لو قال: (بدِرهَمٍ[1] فُلوسٍ): لا يَجوزُ عند محمّدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

(وعليه ما يُباعُ بنِصف دِرهَمٍ من الفُلوس) أي عليه من الفُلوس قَدرُ ما يُباع بنِصف دِرهَمٍ.

ومن دَفَع إلى صَيرَفِيٍّ دِرهَمًا وقال: (أَعطِني بنِصفه فُلوسًا وبنِصفه دِرهَمًا صَغيرًا وَزنُه نِصفًا إلا حَبّةً): فَسَد البَيعُ في الجميع عند أبي حنيفة.

قَولُه: (ومن دَفَع إلى صَيرفيٍّ دِرهمًا...) إلى آخِره: قال شَيخُنا رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فيه نَظَرٌ، فقد ذَكَر في «الهِداية»: أنَّ البَيعَ جائِزٌ في الفُلوس[2].

---

(١) في سوى الأصل: (بنصف درهم). وهو خطأ.

قال في «الهداية» ٣/ ٨٥: ولو قال: (بدرهم فلوس أو بدرهمي فلوس) فكذا عند أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم، وهو المراد، لا وزن الدرهم من الفلوس.

وعن محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه لا يجوز بالدرهم، ويجوز فيما دون الدرهم، لأن في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم، فصار معلومًا بحكم العادة، ولا كذلك الدرهم.

قالوا: وقول أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ أصح، لا سيما في ديارنا.

(٢) حيث قال ثمة ٣/ ٨٥: ومن أعطى صيرفيًا درهمًا وقال: أعطني بنصفه فلوسًا وبنصفه نصفًا إلا حبةً: جاز البيع في الفلوس، وبطل فيما بقي عندهما.

وقالا: البَيعُ جائِزٌ في الفُلوس، وبَطَل فيما بَقي.

(وبَطَل فيما بَقِي) عندهما؛ لأنَّ بَيعَ نِصفِ دِرهَمٍ بالفُلوس جائِزٌ، وبَيعُ النِّصفِ بنِصفه إلا حَبّةً رِبًا، فلا يَجوزُ.

وعلى قِياس قولِ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: بَطَل في الكُلِّ؛ لأنَّ الصَّفقةَ مُتَّحِدةٌ، والفَسادَ قَويٌّ، فيَشيعُ، كما إذا جَمَع بين حُرٍّ وعَبدٍ، وباعهما.

ولو كَرَّر لَفظَ الإعطاءِ: كان جَوابُه كجوابهما، هو الصَّحيحُ؛ لأنَّهما بَيعان.

ولو قال: (أَعطِني نِصفَ دِرهَمٍ فُلوسٍ ونِصفًا إلا حَبّةً): جاز البَيع، وكانت الفُلوسُ والنِّصفُ إلا حَبّةً بدِرهَمٍ؛ تَصحيحًا للعَقد.

(ولو قال: أعطِني نِصفَ دِرهَمٍ فُلوسٍ[1]، ونِصفًا إلا حَبَّةً: جاز) لأنَّه قابَل الدِّرهَمَ بما يُباع من الفُلوس بنِصف دِرهَمٍ وبنِصف دِرهَمٍ إلا حَبّةً، فيَكونُ نِصفُ دِرهَمٍ إلا حَبَّةً بمِثله، وما وَراءه بإزاء الفُلوسِ.

وفي أكثَر نُسَخِ «المُختَصَرِ»[2] ذِكرُ المَسألةِ الثّانيةِ[3]، كذا في «الهِدايةِ».

---

(١) يجوز في (فلوس) الجر صفة لدرهم، والنصب صفة للنصف. «الفتح» ٧/ ١٦١.

(٢) أي «الكتاب» للقدوري، وانظر هذا النص في «الهداية» ٣/ ٨٦.

(٣) أراد قوله: (أعطني نصف درهم فلوس ونصفًا إلا حبة) وهي الثالثة فيما ذكرنا، يريد بذلك أن المسألة الأولى ليست بمذكورة في أكثر نسخ المختصر، قال أبو نصر الأقطع في «شرحه للمختصر»: وهو غلط من الناسخ. «العناية» ٧/ ١٦١.

قلت: المسألة الأولى قوله: ومن اشترى شَيئًا بنِصف دِرهَمٍ فُلوسٍ... إلخ.

والمسألة الثانية قوله: ومن دَفَع إلى صَيرَفِيٍّ دِرهَمًا... إلخ.

والمسألة الثالثة قوله: ولو قال: أَعطِني نِصفَ دِرهَمٍ فُلوسٍ... إلخ.

وذَكَر في «المَبسوط» و«الفَتاوى الظَّهيريّةِ» هذه المَسألةَ على وَجه الإشباعِ، فتُطلَبُ هناك[1].

ويُمكِنُ تَصحيحُ المَذكورِ في المَتن، بأن يُجعَلَ كأنَّه قابَل الدِّرهَمَ من الفُلوس بِنِصف دِرهَمٍ وبِنصف دِرهَمٍ إلا حَبَّةً، لكنَّه مَيَّز بين النِّصفِ والنِّصفِ: ليُعلَم به ما

(١) وأشبعها المصنف في «الكافي» فقال ٦/ ٥٩٢: ومن اشترى شيئًا بنصف درهمٍ فلوسٍ، أو بدانقٍ فلوسٍ، أو بقيراطٍ فلوسٍ، أو بدرهمٍ فلوسٍ، أو بدرهمين فلوسٍ: صحّ، وعليه من الفلوس ما يباع بنصف درهمٍ ونحوه.

وقال زفر رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يصحّ في الكلّ؛ لأن العقد تعلّق بالفلوس لا بالدّانق ونحوه، فلا بدّ أن تكون معلومة العدد؛ إذ الفلوس تقدّر بالعدد لا بالدّانق والدّرهم، ولم يوجد، فكان الثّمن مجهولًا.

ولنا: أن المراد به: ما يباع من الفلوس بنصف درهمٍ، أو بدانقٍ، أو بدرهمٍ، وهو معلومٌ عند النّاس؛ إذ الكلام فيما إذا كان قدر الدّرهم عبارةً عن قدرٍ من الفلوس، كما يكون في بعض البلاد، فإذا كان كذلك صار كأنه صرّح بقدر الفلوس، فيصحّ العقد.

وقال محمدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: يصحّ فيما دون الدّرهم لا في الدّرهم؛ لأن الجواز في القليل بالعادة، وإن كان القياس يأباه، ولا عادة في الكثير، والأصحّ: الجواز في الكلّ؛ للعرف.

ولو دفع إلى صيرفيٍّ درهمًا، وقال: (أعطني نصف درهمٍ فلوسًا، ونصفًا إلا حبّةً): صحّ؛ لأنه قابل الدّرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهمٍ وبنصف درهمٍ إلا حبّةً، فكان نصف درهمٍ إلا حبّةً بمثله، والباقي بمقابلة الفلوس.

ولو قال: (أعطني بنصفه فلوسًا، وبنصفه نصفًا إلا حبّةً): بطل البيع في الكلّ على قياس قول أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأن الفساد قويٌّ، فيشيع في الكلّ كما هو مذهبه.

وعندهما: صحّ البيع في الفلوس، وبطل فيما بقي؛ لأن بيع نصف درهمٍ بالفلوس صحيحٌ، وبيع النّصف بنصفٍ إلا حبّةٍ فاسدٌ؛ للرّبا.

وإن قال: (أعطني بنصفه فلوسًا، وأعطني بنصفه نصفًا إلا حبّةً): فجوابه كجوابهما في الأصحّ؛ لتفرّق الصّفقة بتكرار لفظ الإعطاء، وفساد أحد البيعين لا يوجب فساد الآخر. انتهى.

يُقابِلُ الفُلوسَ، كما قُلنا فيما إذا قال: (خُذ هذه الخَمسين من ثَمَنهما)، فإنَّه وإن ذُكِر بلَفظ التَّثنيةِ فقد حَمَلناه على الواحِد؛ لتَصحيح التَّصرُّفِ، كذا هنا، فيَكونُ الجَوابُ في هذه المَسألةِ كالمَسألة الثَّانيةِ المَذكورةِ في «الهِداية» وغيرِها، وتَمامُ التَّقريرِ في «المُستَوفى».

❁❁❁

الشُّفعةُ بِناءٌ على البَيع، أو هي بَيعٌ حَقيقةً، فأورَدها عَقيبَ البُيوعِ، واللهُ أعلَمُ بالصَّواب.

كتابُ الشُّفعة

كتابُ الشُّفعة

الشُّفعةُ: من الشَّفْع، وهو الضَّمُّ، ومنه الشَّفعُ الذي هو ضِدُّ الوِترِ، ومنه الشَّفاعةُ؛ لأَنَّها تَضُمُّ الجانيَ إلى الفائِز.

وفي الشَّرع: يُرادُ بها ضَمُّ المُشتراةِ إلى عَقار الشَّفيعِ.

وسَبَبُها: الاتِّصالُ بالشِّرْكة أو الجِوارِ.

وشَرطُها: عَقدُ المُعاوَضةِ، حتى لا تَتحَقَّقُ في المَهر.

ورُكنُها: أَخذُ الشَّفيعِ، إمَّا من البائِع، أو من المُشتَري.

وحُكمُها: ثُبوتُ حَقِّ التَّملُّكِ.

وعَوارِضُها: السُّكوتُ عند العِلمِ مع القُدرةِ، وغيرُ ذلك.

الشُّفعةُ واجِبةٌ للخَليط في نَفس المَبيع، ثم للخَليط في حَقّ المَبيع، وهو الشِّربُ والطَّريق، ثم للجار.

وليس للشَّريك في الطَّريق والشِّربِ والجارِ شُفعةٌ مع الخَليط.

الشَّريكُ: الذي لم يُقاسِم مع الشَّريكِ في المَبيع والمِلك.

والخَليطُ: هو الذي قاسَم في المَبيع، وبَقِي الحَقُّ له في الشِّرب والطَّريق.

والشُّفعاءُ ثَلاثةٌ: الشَّريكُ، ثُمَّ الخَليطُ، ثم الجارُ المُلازِق.

قَولُه: (الشُّفعةُ واجِبةٌ) أي ثابِتةٌ، إذ لا يَأثَمُ بالتَّرك والتَّسليمِ؛ إذ هي واجِبةٌ له لا عليه[1].

الخَليطُ والشَّريكُ يُنبِئان عن مَعنًى واحِدٍ، لا فَرقَ بينهما من حيث اللُّغةُ، فجاز أن يَقومَ أحدُهما مَقامَ الآخَرِ، فإذا عَرفتَ هذا: تَبيَّن ما أُغلِقَ[2] ههنا، وهو أنَّه سَمَّى الشَّريكَ في نَفس المَبيع مَرّةً خَليطًا، ومَرّةً شَريكًا، وكذا سَمَّى الشَّريكَ في حَقِّ المَبيعِ مَرّةً خَليطًا، ومَرّةً شَريكًا[3].

---

(١) قوله: (إذ هي واجبة له لا عليه) مثبت من (و).

(٢) في الأصل: سهل عليك ما أغلق.

(٣) وانظر كلام صاحب «الهادي» المار آنفًا، وقارنه مع كلام المصنف هنا.

وقال في «الهداية» ٤/ ٣٠٨: وأما الترتيب: فلقوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «الشريك أحق من الخليط، والخليط أحق من الشفيع»، فالشريك: في نفس المبيع، والخليط: في حقوق المبيع، والشفيع: هو الجار.

ولأن الاتصال بالشركة في المبيع أقوى؛ لأنه في كل جزء، وبعده الاتصال في الحقوق؛ لأنه شركة في مرافق الملك، والترجيح يتحقق بقوة السبب، ولأن ضرر القسمة إن لم يصلح علةً صلح مرجحًا. انتهى.

قال في «الفتح» ٩/ ٣٧٥: قال صاحب «غاية البيان»: فسر صاحب «الهداية» الشريك بمن كان شريكًا في نفس المبيع، والخليطَ بمن كان شريكًا في حقوق المبيع، وهما في اللغة سواء. اهـ واقتفى أثره الشارح العيني. =

ولا بُدَّ من أن يكونَ الطَّريقُ أو الشِّربُ خاصًّا حتى يَستَحِقَّ الشُّفعةَ.

فالطَّريقُ الخاصُّ: أن لا يَكونَ نافِذًا.

والشِّربُ الخاصُّ: أن يَكونَ نَهْرًا[1] لا تَجري فيه السُّفُنُ.

والمُرادُ بالجار: المُلاصِقُ، وهوالذي على ظَهر الدَّارِ المَشفوعةِ، وبابُه في سِكَّةٍ أُخرى.

في الآثار: الشَّريكُ أَولى من الخَليط، والخَليطُ أَولى من الجار[2].

= أقول: إن كان مرادهما مؤاخذةَ المصنف بتفسيره المزبور كما هو المتبادر من ظاهر لفظهما: فالجواب هين، فإنه لما وقع في الحديث: «الشريك أحق من الخليط» عُلم أن المراد بالشريك هناك غير الخليط، إذ لا معنى لكون الشيء أحقَّ من نفسه، فلا بد أن يحمل أحدهما على نوع مما أطلق عليه في اللغة والآخَرُ على نوع آخر منه.

ثم لما كانت مزية الشركة في نفس المبيع على الشريك في حقوق المبيع أظهر وأجلى فسر المفضل بالأول والمفضل عليه بالثاني، ولم يعكس، فلا غبار عليه.

(١) في (و): نهرًا خاصًّا.

(٢) ذكره في «الهداية» مرفوعًا، قال في «نصب الراية» ٤/ ١٧٦: غريب، وذكره ابن الجوزي في «التحقيق» (٢/ ٢١٦)، وقال: إنه حديث لا يعرف، وإنما المعروف ما رواه سعيد بن منصور ثنا عبد الله بن المبارك عن هشام بن المغيرة الثقفي قال: قال الشعبي: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الشفيع أولى من الجار، والجار أولى من الجنب». انتهى. قال في «التنقيح» (٤/ ١٧٦): وهشام وثقه ابن معين، وقال أبو حاتم: لا بأس بحديثه. انتهى، قلت: هذا الحديث رواه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٤٣٩٠) عن ابن المبارك به، وروى ابن أبي شيبة في «مصنفه» في أثناء البيوع (٢٢٧٢٥) ثنا أبو معاوية عن عاصم عن الشعبي عن شريح قال: الخليط أحق من الشفيع، والشفيع أحق من الجار، والجار ممن سواه. انتهى، ورواه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٤٣٨٦) أخبرنا معمر عن أيوب عن ابن سيرين عن شريح قال: الخليط أحق من الجار، والجار أحق من غيره. انتهى، وأخرج ابن=

قَولُه: (في الآثار: الشَّريكُ أَولى من الخَليط) إنَّما ذَكَر هذا: لأنَّ هذا الحَديثَ رُوِي بألفاظٍ مُختَلِفة[1]، ومَضمونُ الكُلِّ ما ذُكِر هنا، والمُرادُ من الآثار هنا الأحاديثُ.

فإن سَلَّم الخَليطُ: فالشُّفعةُ للشَّريك.

(فإن سَلَّم) من الرِّواية لا من الأَثَر.

فإن سَلَّم الشَّريكُ: فالشُّفعةُ للجَار؛ لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «الجارُ أَحَقُّ بصَقَبه»، رَواهُ سَعدُ بن مالِكٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ حين عَرَض دارَه على جاره ليَشتَرِيَها بأقَلَّ مما تُشتَرى[2].

السَّقَبُ: القُربُ، والصَّادُ لُغةٌ.

ومَعنى الحَديثِ: الجارُ أَحَقُّ بالشُّفعة إذا كان الجارُ مُلاصِقًا.

والباءُ: مِن صِلة «أَحَقُّ»، لا للتَّسبيب.

وقيل لرَسول اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ما سَقَبُه؟ قال: «شُفعَتُه»[3].

=أبي شيبة (٢٢٧٢٦) عن إبراهيم النخعي قال: الشريك أحق بالشفعة، فإن لم يكن شريك فالجار، والخليط أحق من الشفيع، والشفيع أحق ممن سواه. انتهى.

(١) انظر التخريج الآنف.

(٢) رواه البخاري (٦٩٧٨). لكن في هذه الرواية الطالب هو سعد، ففيها ثمة: عن أبي رافع: أن سعدًا ساومه بيتًا بأربعمائة مثقال، فقال: لولا أني سمعت رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: «الجار أحق بصقبه» لما أعطيتك.

(٣) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٧٤: قال عَلَيْهِ السَّلَامُ: «الجار أحق بسقبه»، قيل: يا رسول الله! ما سقبه؟ قال: «شفعته»، ويروى: «أحق بشفعته»: قلت: أخرج البخاري في «صحيحه» (٢٢٥٨) عن عمرو بن الشريد عن أبي رافع مولى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: أنه سمع النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: «الجار أحق بسقبه». انتهى. =

والحَديثُ حُجَّةٌ لنا على الشَّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ فإنَّه ذَكَر اسمًا مُشتَقًّا من مَعنًى، والحُكمُ متى عُلِّق باسمٍ مُشتَقٍّ: فذلك المَعنى هو المُوجِب للحُكم إذا كان مُؤثِّرًا فيه، كما في الزَّاني والسَّارِقِ(١).

وهذا مَعنًى مُؤثِّرٌ، فإنَّ حَقَّ الأخذِ بالشُّفعة لدَفع الضَّرَرِ، وذلك بالمُجاوَرة والاتِّصالِ على الدَّوام؛ إذ هي مادَّةُ المَضارِّ، من حيث إيقادُ النَّارِ، وإعلاءُ الجِدارِ، وإيثارُ الغُبارِ، ومَنعُ ضَوءِ النَّهارِ، وقَطعُ هذه المادَّة بتَملُّك الأصيلِ -وهو أن يُجعَلَ له وِلايةُ تَحويلِ الصَّفقةِ إلى نَفسه- أَولى من الضَّرَر الذي يَلحَقُ الدَّخيلَ بتَملُّك الدَّارِ عليه؛ لأنَّ الضَّرَرَ في حَقِّه بإزعاجه عن خِطَّةِ آبائِه أقوى من الضَّرَر الذي يَلحَقُ الدَّخيلَ بتَملُّك الدَّارِ عليه؛ لأنَّ هذا تَبديلُ الأصلِ، وذلك تَركُ الحادِثِ.

وإذا ثَبَت أنَّ سَبَبَ الاستِحقاقِ القُربُ والاتِّصالُ؛ لدَفع ضَرَر الجِوارِ، وذلك في حَقِّ الخَليطِ في نَفسِ المَبيعِ أقوى، فلا جَرَم كان مُقدَّمًا على غيره، ثم يَنحَطُّ دَرَجةً في حَقِّ الشَّريكِ في الطَّريق، ثم في حَقِّ الجار، وقُوَّةُ السَّبَبِ تَصلُحُ مُرَجِّحًا كما عُرِف(٢).

= وقوله: ويروى: «أحق بشفعته»، تقدم في حديث جابر عند الترمذي (١٣٦٩): «الجار أحق بشفعته، ينتظر بها وإن كان غائبًا...» الحديث، وبالروايتين رواه إسحاق بن راهويه في «مسنده»، فقال: أخبرنا سفيان عن إبراهيم بن ميسرة عن عمرو بن الشريد عن أبي رافع عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «الجار أحق بسقبه». انتهى، أخبرنا المحاربي وغيره عن سفيان الثوري عن إبراهيم بن ميسرة عن عمرو بن الشريد عن أبي رافع: أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «الجار أحق بشفعته». انتهى.

وقوله: (قيل: يا رسول الله): ليس في الحديث، وفي «معجم» الطبراني: قيل لعمرو بن الشريد: ما السقب؟ قال: الجوار، وفي «مسند» أبي يعلى الموصلي قال: «الجار أحق بسقبه يعني شفعته». انتهى.

(١) فإن اشتقاق اسميهما مشعر بعلية وجوب الحد عليهما.

(٢) كالضرب، فلما كان أبلغ كان الألم أكثر. «البناية» ١١/ ٢٨٥. والترجيح بقوة السبب أصلٌ=

وتَفسيرُ ما قُلنا: مَنزِلٌ مُشترَكٌ بين اثنَينِ في دارٍ، هي في سِكّةٍ غيرِ نافِذةٍ، إذا باع أحَدُ الشَّريكَين نَصيبَه من المَنزِل: فالشَّريكُ في المَنزِل أحَقُّ بالشُّفعة، فإن سَلَّم: فالشُّرَكاءُ في الدَّار أحَقُّ من الشُّرَكاء في السِّكّة، فإن سَلَّموا: فأهلُ السِّكّةِ أحَقُّ، فإن سَلَّموا: فالجارُ المُلاصِقُ.

رُوِي أنَّ سَعدَ بنَ مالكٍ -هو سَعدُ بنُ أبي وَقّاصٍ، من العَشَرة المُبَشّرةِ رَضِيَ اللهُ عَنهُم- عَرَض بَيتًا على جارٍ له فقال: خُذه بأربعِمائةٍ، أمَا إني قد أُعطيتُ به ثَمانِمائةٍ، ولكنّي قد أعطَيتُكه لأني سَمِعتُ رَسولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ يَقولُ: «الجارُ أحَقُّ بسَقَبه»[1].

فإن قيل: المُرادُ به: أحَقُّ بها عَرْضًا عليه للبَيع، ألا ترى أنَّه فَسَّر الحَقَّ بالانتِظار إذا كان غائبًا[2]!

قُلنا: إنَّ النَّبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ جَعَله أحَقَّ على الإطلاق، فيَكونُ أحَقَّ بها قبلَ البَيعِ وبعدَه.

وقَولُه: «يُنتظَرُ بها»: تَفسيرٌ لبَعض ما شَمِله كَلِمةُ «أحَقُّ».

وقال الشافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ: لا شُفعةَ للجار؛ لقوله عَلَيهِ السَّلَامُ: «إذا وَقَعت الحُدودُ، وصُرِّفَت الطُّرُقُ: فلا شُفعةَ فيه»[3]، ....

=كما في «المبسوط» ٧/ ٧٧.

(١) تقدم تخريجه في حديث المتن.

(٢) أي حديث: «الجار أحق بشفعة جاره، ينتظر بها وإن كان غائبًا، إذا كان طريقهما واحدًا». رواه أبو داود (٣٥١٨)، والترمذي (١٣٦٩)، والنسائي في «الكبرى» (١١٧١٤)، وابن ماجه (٢٤٩٤).

(٣) هذا الحديث غير مثبت في (أ) و(ج).

قال في «نصب الراية» ٤/ ١٧٥: أخرجه البخاري (٢٢١٤) عن أبي سلمة عن جابر بن عبد الله=

«إنما الشُّفعةُ فيما لا يُقسَم»[1].

قَولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الشُّفعةُ فيما لم يُقسَم»: ذَكَره مُحلًّى بالألِف واللَّامِ، وإنَّها للجِنس إذا لم يَكُن ثَمَّ مَعهودٌ، فيَقتَضي أنَّ جِنسَ الشُّفعةِ فيما لم يُقسَم.

وفي رِوايةٍ: «إنَّما الشُّفعةُ فيما لم يُقسَم[2]»، و(إنَّما) لتَقرير الحُكمِ في المَذكور

=قال: قضى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة. انتهى، لفظ البخاري (٢٤٩٥): إنما جعل النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود... الحديث. وأخرجه النسائي عن أبي سلمة عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مرسلًا، وكذلك مالك في «الموطأ».

ولو كان ثابتًا ففي نفي الشفعة بعد الأمرين دليل على ثبوتها قبل صرف الطرق وإن حدث الحدود، فقد وافق ما رواه الأربعة من حديث جابر المتقدم: «الجار أحق بشفعته، ينتظر به وإن كان غائبًا، إذا كان طريقهما واحدًا»، ورواه مالك في «الموطأ» من حديث ابن شهاب عن أبي سلمة عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مرسلًا، قال الطحاوي: الأثبات من أصحاب مالك رووه مرسلًا، ثم رفعوه عن أبي هريرة. وقوله: فإذا وقعت الحدود.. هو رأي من أبي هريرة. انتهى.

قال القسطلاني في «إرشاد الساري» ١٠/ ١١٤: (في كل ما لم يقسم) من العقار، وما موصولة بمعنى الذي، والصلة جملة لم يقسم، والعائد المفعول الذي لم يسم فاعله، وهو هنا محذوف، أي فيما لم يقسم من العقار كما مر (فإذا وقعت الحدود) جمع حد، وهو هنا ما تتميز به الأملاك بعد القسمة (وصرفت الطرق) بضم الصاد وكسر الراء مشددة ومخففة، أي بينت مصارفها وشوارعها، وجواب فإذا: قوله (فلا شفعة)؛ لأنه صار مقسومًا، وخرج عن الشركة، فصار في حكم الجوار، والمعنى في الشفعة دفع ضرر مؤونة القسمة، واستحداث المرافق المصعد والمنور والبالوعة في الحصة الصائرة إليه، وظاهره أن لا شفعة للجار؛ لأنه نفى الشفعة في كل مقسوم.

(١) انظر التخريج السابق والآتي.

(٢) قوله: (وفي رواية إنما الشفعة فيما لم يقسم) غير مثبت في (و). وهذه الرواية ذكرها السرخسي في «المبسوط» ١٤/ ١٧٠.

ونَفيِه عن غيره، كقَوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱللَّهُ إِلَٰهٌ وَٰحِدٌ﴾ [النساء:١٧١]، فهو تَنصيصٌ على نَفي الشُّفعةِ فيما يُقسَم.

ومعنى قَولِه: «لم يُقسَم»: أن لا يَكونَ مَقسومًا وهو قابِلٌ للقِسمة؛ لأنَّ الشُّفعةَ عنده لا تَجِبُ فيما لا يُمكِن قِسمَتُه، كالحَمَّام، والبِئرِ، والرَّحى[1]؛ لأنَّ حَقَّ الشُّفعةِ عندَه لدَفعِ ضَرَرِ مُؤنةِ القِسمةِ.

والجَوابُ عن الأثَر: أنَّ فيه بَيانَ أنَّ للشَّريك شُفعةً، ونحنُ نَقولُ به، وتَخصيصُ الشَّيءِ بالذِّكر عندنا لا يَدُلُّ على نَفي ما عداه.

وكَلِمة (إنَّما) كما تَجيءُ للحَصر فقد تَجيءُ لمُجرَّد الإثباتِ بطَريق المُبالَغةِ، كما يُقال: إنَّما العالِمُ في البَلَد زَيدٌ، أي الكامِلُ في العِلم والمُشارُ إليه بالأصابع زَيدٌ[2]، ولم يُرَد به نَفيُ العِلمِ عن غيره، والحُكمُ هكذا؛ فإنَّ مع الشَّريك الذي لم يُقاسِم لا مُزاحَمةَ لأحَدٍ في الشفُّعة.

والمُرادُ بقَوله: «ما لم يُقسَم»: قِسمةٌ فسَّرها في آخِره، وهو أن لا[3] يَبقى بينهما حَدٌّ مُشتَركٌ، واتِّصالٌ بوَجهٍ، بوُقوع[4] الحُدودِ، وصَرفِ الطُّرُقِ.

ولأنَّ في آخِر الحَديثِ حُجَّةً لنا، فإنَّه قال: «فإذا وَقَعت الحُدودُ، وصُرِّفت الطُّرُقُ: فلا شُفعةَ»، علَّق[5] انتِفاءَ الشُّفعةِ بالأمرَين جَميعًا، وهذا مَذهَبُنا، وعندك

(١) فالحمام فيه براني وجواني، وجل الانتفاع به في الجواني، والبئر كذلك تتعذر قسمته، والرحى حجران أعلى وأسفل، وتمام نفع أحدهما بالآخر.

(٢) سقطت من (و).

(٣) سقطت من (و).

(٤) في (و): لوقوع.

(٥) في (هـ) و(و): على.

يتعَلَّقُ بشَرطٍ واحِدٍ، فهذا دَليلٌ على أنَّه إذا وَقَعت الحُدودُ ولم تُصرَّف الطُّرُقُ -بأن كان الطَّريقُ واحِدًا-: تَجِبُ الشُّفعةُ، وفيه وَقَع النِّزاعُ أيضًا، كذا في «الأسرار» وغيرِه.

والجارُ المُقابِلُ لا شُفعةَ له؛ لأنه لا يُسَمّى جارًا مُطلَقًا.

(والجارُ المُقابِلُ لا شُفعةَ له) هذا احتِرازٌ عن قَول شُرَيحٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ فإنَّه يَقولُ: الشُّفعةُ بالأبواب، أقرَبُ الدّارِ إلى الباب أحَقُّ بالشُّفعة؛ لإطلاق الحَديثِ.

ولنا: أنَّ العِلَّةَ الاتِّصالُ على الدَّوام، ولم يُوجَد، وهو ليس بجارٍ مُطلَقًا، فلا يَنتَظِمُه الحَديثُ، كلَحم السَّمَكِ لا يَدخُلُ تحت مُطلَقِ اللَّحمِ.

والشُّفعةُ تَجِبُ بعَقد البَيع، وتَستَقِرُّ بالإشهاد، وتُملَكُ بالأخذ، إذا سَلَّمَها المُشتَري أو حَكَم بها حاكِمٌ؛ لأن سَبَب تحَقُّقِ الضَّرَرِ من الدَّخيل: البيعُ، فتَجِبُ بعَقد البَيعِ بقَول البائِع: (بعت).

(والشُّفعةُ تَجِبُ بعَقد البَيعِ[1]) مَعناهُ: بعدَه، أو عندَه، لا أنَّه هو السَّبَبُ؛ لأنَّ سَببَها الاتِّصالُ، وفيه دَليلٌ على أنَّه لا تَجِبُ إلا عند مُعاوَضةِ مالٍ بمالٍ.

(وتَستَقِرُّ بالإشهاد) أي بالطَّلب الثّاني، وهو طَلَبُ التَّقرير.

(فتَجِبُ بعَقد البَيعِ بقَول البائِعِ: بِعتُ) يَحتَمِلُ أن يكونَ المُرادُ به ما ذُكِر في «المَبسوط[2]»: أنَّ الشُّفعةَ تَثبُتُ بالبَيع قبل مِلكِ المُشتَري، ألا ترى أنَّه لو قال: (كنتُ بِعتُ هذه الدّارَ من فُلانٍ) وقال فُلانٌ: (ما اشتَرَيتُ) كان للشَّفيع أن يَأخُذَ بالشُّفعة؛ لثُبوت البَيعِ بإقرار البائِعِ، وإن لم يَثبُتْ مِلكُ المُشتَري لإنكاره!

---

(١) من قوله: (على الدوام ولم يوجد) إلى قوله (تجب بعقد المبيع) غير مثبت في (و).

(٢) في (هـ): في الكتاب.

وهذا لأنَّ الشُّفعةَ إنَّما تَجِبُ عند رَغبةِ البائِعِ، والبَيعُ يُعرِّفُها، فيُكتَفى بثُبوت البَيعِ في حَقِّه، ولهذا إذا اشتَرى دارًا بشَرط الخِيارِ: تَجِبُ الشُّفعةُ؛ لأنَّه لا يَمنَعُ زَوالَ مِلكِ البائعِ، بخِلاف ما إذا كان الخِيارُ للبائع.

ولم يُرِد به أنَّ الشُّفعةَ تَثبُتُ بمُجرَّد قَولِه: (بعتُ)؛ لأنَّه شطرُ[1] العَقدَ، ولا بُدَّ من وُجودِ عَقدِ المُعاوَضةِ لتَحقُّق الشَّرطِ.

أو يكونُ المُرادُ: أنَّ الشُّفعةَ تَجِبُ بعَقد البَيعِ مُضافًا إلى قَول البائعِ، لا إلى الإيجاب والقَبولِ.

ولم يُذكَر في بعض النُّسَخ: (بقَول البائع بِعتُ)[2].

وتَستَقِرُّ بالإشهاد؛ لأن التَّركَ مُبطِلٌ؛ قال النَّبِيُّ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «الشُّفعةُ كحَلِّ العِقال»[3].

«الشُّفعةُ كحلِّ العِقالِ» ذَكَر في «المَبسوط»: يُكنَّى به عن سُرعة السُّقوطِ.

وقال المُطرِّزيُّ: هذا مَثَلٌ في قِصَر المُدَّةِ، أي أنَّه تَحصُلُ في أدنى مُدّةٍ، كمِقدار حَلِّ العِقالِ. وقد أَبعَد من قال: إنَّها تَذهَبُ سَريعًا كالبَعير إذا حُلَّ عِقالُه[4].

---

(١) في (هـ): شرط، وفي (و): ينتظر.

(٢) هذه الجملة موجودة في جميع النسخ التي رجعت إليها في التحقيق.

(٣) رواه ابن ماجه (٢٥٠٠)، والبزار (٥٤٠٥)، والبيهقي (١١٥٨٩).

(٤) لعله يشير إلى الإمام أبي حفص النسفي رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَىٰ، فإنه قال في «الطلبة» ص١٢٠: أي البعير إذا حل عقاله ولم يؤخذ من ساعته ذهب. انتهى.

وممن قال ذلك الإمام السبكي، قال الإمام السيوطي في «مصباح الزجاجة» ص١٨٠: قوله: الشفعة كحل العقال، قال السبكي في «شرح المنهاج»: المشهور أن معناه أنها تفوت إذا لم يبتدر=

وتُملَكُ بالأخذ؛ لأن المِلكَ ثَبَت للمُشتَري لوُجود سَبَبِه في حَقِّه، إلا أن للشَّفيع حَقَّ التَّملُّك، فلا تُملَكُ إلا بالأَخذ، والأَخذُ إنما يكون بالتَّراضي، أو بحُكم القاضي؛ لأن مِلكَ الغَير لا يُتَمَلَّكُ إلا بِرِضاه، أو بحُكم من له وِلايةٌ.

(للشَّفيع حَقُّ التَّملُّك) كما لنا حَقُّ التَّملُّكِ في الأموال المُباحةِ، كالصَّيد ونَحوِه، والمِلكُ إنَّما يَثبُتُ بالأخذ.

قَولُه: (والأخذُ إنَّما يَكونُ بالتَّراضي أو بقَضاء القاضي) أي الأخذُ الذي هو سَبَبٌ للمِلك في المالِ، الذي يَثبُتُ المِلكُ فيه للغَير، وللآخِذ وِلايةُ[1] التَّملُّكِ.. لا يَكونُ إلا بالرِّضاء أو القَضاءِ، كما في الرُّجوع في الهِبة[2]، وإلا فمُجرَّد الأخذِ لا يَتوقَّفُ على شيءٍ ممَّا ذُكِر، كما في الصَّيد، والحَشيشِ، وغيرِهما[3].

وقَولُه: (فلا تُملَك إلا بالأخذ) مُشكِلٌ، فقد ذَكَر شَيخُ الإسلامِ خُواهَر زادَه رَحِمَهُ اللَّهُ أنَّه إذا حَكَم بها حاكِمٌ: يَثبُتُ المِلكُ، وإن لم يَأخُذ الدَّارَ.

ويُحتَمَلُ أن يُرادَ به: فلا تُملَك إلا بالأخذ، أو بما هو في مَعناه، كحُكم الحاكِم.

وفائِدةُ قَولِه: (تُملَك بالأخذ) تَظهَرُ فيما إذا مات الشَّفيعُ بعد الطَّلبَين، أو باع دارَه المُستَحِقَّ بها الشُّفعةَ، أو بِيعَت دارٌ بجَنب الدَّارِ المَشفوعةِ قبل حُكمِ الحاكِمِ، أو

=إليها، كالبعير الشرد إذا يحل عقاله، وقيل: معناه حل البيع من الشخص وإيجابه للغير.

(١) في (و): حق.

(٢) أي كما لا يصح الرجوع في الهبة إلا بالتراضي وقضاء القاضي؛ لأن الموهوب دخل في ملك الموهوب له: فلا يخرج إلا بالتراضي أو بقضاء القاضي. «البناية» ١١/ ٢٩٨.

(٣) فإن أخذهما لا يتوقف على رضاء راض ولا قضاء قاض.

قبل التسَّليم إليه بالرِّضا[1]: لا تُورَث عنه في الصُّورة الأُولى[2]، وتَبطُل في الثَّانية[3]، ولا يَستَحِقُّها في الثَّالثة[4]؛ لانعِدام المِلكِ له.

وإذا عَلِم الشَّفيعُ بالبَيع: أَشهَد في مَجلسه ذلك على المُطالَبة، ثم يَنهَض منه ويُشهِدُ على البائِع إن كان المَبيعُ في يَده، أو على المُبتاع، أو عند العِقار، فإذا فَعَل ذلك: استَقَرَّت شُفعَتُه.

قَولُه: (أشهَد في مَجلسه ذلك على المُطالَبة) الطَّلَبُ على ثَلاثة أَوجُهٍ:

طَلَبُ المُواثَبةِ: وهو أن يَطلُبَها على فَور العِلمِ بالشِّراء، حتى إذا سَكَت هُنَيَّة[5] ولم يَطلُب: بَطَلَت الشُّفعةُ، ورُوِي عن محمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّه يَتوقَّفُ بمَجلس عِلمِ الشَّفيعِ، وهو اختيارُ الكَرخيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وتَقييدُه بقَوله: (أشهَد في مَجلسه) إشارةٌ إلى هذا القَولِ.

---

(١) أي تسليم الخصم وليس المشتري، وقال في «الفتح» ٩/ ٣٨٢: تسليم الدار المشفوعة ليس بوظيفة المشتري دائمًا، فإن المصنف صرح فيما مر آنفًا بأنه يكتفى بثبوت البيع في حق البائع حتى يأخذها الشفيع إذا أقر البائع بالبيع، وإن كان المشتري يكذبه، ففي هذه الصورة إنما يسلمها البائع دون المشتري، فكان الأحق بالمقام أن يقال: إذا سلمها الخصم، بدل قوله: إذا سلمها المشتري؛ ليشمل تسليم المشتري وتسليم البائع، كما قال المصنف فيما بعد: قبل حكم الحاكم أو تسليم المخاصم. تبصر.

(٢) إذا مات الشفيع لأنه لم يملكها فلا تورث عنه. «العناية» ٩/ ٣٨١.

(٣) يعني إذا باع داره لزوال السبب وهو الاتصال قبل ثبوت الحكم. «العناية» ٩/ ٣٨١.

(٤) يعني إذا بيعت دار بجنب الدار المشفوعة لأنه لم يملك المشفوعة فكيف يملك بها غيرها. «العناية» ٩/ ٣٨١.

(٥) أي قليلًا من الزمان، وهو تصغير هَنَةٍ. ويقال: هنيهة أيضًا. «النهاية» لابن الأثير ٥/ ٢٧٩.

والإشهادُ فيه[1] ليس بلازمٍ، وإنَّما ذَكَره لنَفي التَّجاحُدِ والتَّناكُرِ.

وكَيفيَّةُ هذا الطَّلَبِ: أن يَقولَ: (طَلَبتُ الشُّفعةَ)، أو (أطلُبُها)، أو (أنا طالِبُها).

والثَّاني: طَلَبُ التَّقريرِ والإشهادِ: وبَيانُه: ما قال في الكِتاب: (ثم يَنهَضُ منه) أي يَقومُ عن المَجلِس.

وصُورةُ هذا الطَّلَبِ أن يَقولَ: (إنَّ فُلانًا اشتَرى هذه الدَّارَ، وأنا شَفيعُها، وقد كنتُ طَلَبتُ الشُّفعةَ، وأطلُبُها الآنَ، فاشهَدوا على ذلك).

والثَّالِثُ: طَلَبُ الخُصومةِ والتَّملُّكِ: وهو أن يَجيءَ عند القاضي ويَقولَ: (إنَّ فُلانًا اشتَرى هذه الدَّارَ وطَلَبتُ[2] الشُّفعةَ، فمُرْه أن يُسَلِّمَها إليَّ بشُفعَتي هذه)، كذا في «الفَتاوى الظَّهيريَّةِ».

ولا بُدَّ من تَحديد دارٍ يَأخُذَها بالشُّفعة، وتَحديدِ دارٍ يَشفَعُ بها.

ثم لا تَسقُطُ بالتَّأخير عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وقال محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إن تَرَكها شَهرًا بعد الإشهاد: بَطَلت.

أما الإشهادُ في الحال: فيُسَمَّى طَلَبَ المُواثَبة؛ لِما رَوَينا من الحَديث: «الشُّفعةُ كحَلِّ العِقال»[3]، وفي خَبَرٍ آخَر: «الشُّفعةُ لمن واثَبَها»[4].

---

(١) سقطت من (و).

(٢) في (و): هذه الدار وأنا شَفيعُها، وقد كنتُ طَلَبتُ.

(٣) رواه ابن ماجه (٢٥٠٠)، والبزار (٥٤٠٥)، والبيهقي (١١٥٨٩).

(٤) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٧٦: غريب، وأخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٤٤٠٦) من قول شريح: إنما الشفعة لمن واثبها، وكذلك ذكره القاسم بن ثابت السرقسطي في كتاب «غريب=

«الشُّفعةُ لمن واثَبها»: أي لمَن طلَبها على سَبيل المُبادَرةِ[1] والمُسارَعةِ[2]، مُفاعَلةٌ من الوُثوب.

ثم يُشترَطُ الإشهادُ على ذي اليَدِ بائِعًا كان أو مُشتَرِيًا؛ لأن الطَّلَبَ إنما يَتِمُّ مِمّن في يَده.

وإلا فعند العَقار؛ إقامةً للمَحَلّ مُقامَ صاحِبِه؛ لأن المَحَلَّ شَرْطٌ.

(ثم يُشترَطُ الإشهادُ على ذي اليَدِ) إنَّما أعاده لإقامة الدَّليلِ عليه.

واعلَم أنَّ الخُصومةَ إنَّما تَتوجَّه على من له المِلكُ، كالمُشتَري، أو على من له اليَدُ، كالبائِع، حتى إذا خَرَج المَبيعُ عن يَد البائعِ: لم يَصِحَّ الإشهادُ[3] عليه؛ لعَدَم المِلكِ واليَدِ، كذا في «الهِداية».

وهذا يُشيرُ إلى أنَّ الطَّلَبَ من المُشتَري يَصِحُّ وإن لم يَكُن في يَده؛ لوُجود المِلكِ، وما ذُكِر في الكتاب -وهو قَولُه: (لأنَّ الطَّلَبَ إنَّما يَتِمُّ ممَّن في يَده)، وقَولِه: (ثم يُشترَطُ الإشهادُ على ذي اليَدِ بائِعًا كان أو مُشتَرِيًا)- يُشيرُ إلى أنَّ اليَدَ شَرطٌ للمُشتَري، وإليه أشار في «المَبسوط».

ولكنَّ الصَّحيحَ ما ذُكِر في «الهِداية»، وما ذُكِر في «المَبسوط» وفي هذا الكِتابِ مُحتَمِلٌ[4] لجَواز أنَّه إنَّما قَيَّد باليَد بِناءً على العادة، وهو أنَّ الشَّفيعَ إنَّما يُطالِبُ

=الحديث» في باب كلام التابعين وهو آخر الكتاب.

(١) في حاشية (ز): المواثبة (خ).

(٢) في (هـ): والمثاوبة، وفي حاشية (ز): والمواثبة (ظ).

(٣) في (و): الإسناد.

(٤) في (و): يحتمل.

المُشتَرِيَ إذا قَبَض الدَّارَ، ولهذا يَصِحُّ الإشهادُ على البائع إذا سَلَّم المَبيعَ؛ لأنَّه إشهادٌ على العاقِد، كذا ذُكِر في «الجامِع الكَبيرِ» و«مَبسوط» شَيخِ الإسلامِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

فلمَّا صَحَّ الطَّلَبُ من البائع إذا لم يَبقَ له يَدٌ ولا مِلكٌ.. لَأنْ يَصِحَّ من المُشتَري -مع أنَّ له مِلكًا وهو أقوى من اليد- أَولى.

وفي «المُختَصر» إشارةٌ إليه؛ حيث قال: (أو على المُبتاع) مُطلَقًا، ولم يُقيِّده بقَوله: إذا كان المَبيعُ في يده، كما قَيَّد في جانِب البائعِ، وإلى هذا مال الشَّيخُ الإمامُ بَدرُ الدِّين رَحِمَهُ ٱللَّهُ، فكان المُرادُ بقَوله: (لأنَّ الطَّلَبَ إنَّما يَتِمُّ ممَّن في يده) مُجرَّدَ الإثباتِ دون حَقيقَتِه، وهو الحَصرُ.

أو نَقولُ: لَمَّا ثَبَت أنَّ المِلكَ أَقوى من اليَد -حتى لو عايَن سَبَبَ المِلكِ في الجارِية يَحِلُّ له أن يَشهدَ، ولو عايَن اليَدَ لا يَحِلُّ له أن يَشهَدَ- فكان صِحَّةُ الطَّلَبِ[1] ممَّن له اليَدُ بَيانًا لمن له المِلكُ بالطَّريق الأَولى.

وقال محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ: تَبطُلُ إن تَرَكه شَهرًا بعد ذلك؛ لأن المِلكَ ثابِتٌ للمُشتَري، وإنما يَثبُتُ الحَقُّ للشَّفيع زَمانًا مَعلومًا، كخِيار البَيع، فلا يَزيدُ على الشَّهر؛ لأن ما وَراءَ الشَّهرِ بَعيدٌ آجِلٌ، كما عُرِف في الأيمان.

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه ثَبَت له حَقٌّ قَوِيٌّ، فلا يَبطُلُ بمُضِيِّ المُدَّة، كحَقِّ المالِكِ القَديمِ في المال الذي استَولى عليه الكُفَّارُ، وأَحرَزوه بدارِهم، ثم ظَهَرنا عليه.

وعند أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إن أَخَّرَ بمَجلِس حُكمٍ: بَطَلَت شُفعَتُه بتَركه عند إمكانِ الأَخذ، وفي رواية: إلى ثلاثة أيام[2].

(١) في (هـ) و(ز): لا يحل فكان بيان صحة الطلب.

(٢) هذه الفقرة مثبتة من(أ).

قَولُه: (إقامةً للمَحَلِّ) أي لمَحَلِّ الخُصومةِ.

قَولُه: (يثبت الحَقُّ للشَّفيع زَمانًا مَعلومًا) لأنَّه لو ثبَت الحَقُّ مُطلَقًا غيرَ مُؤَقَّتٍ[1] بزَمانٍ: لتَضرَّرَ به المُشتَري؛ لأنَّه يَتعذَّرُ عليه التَّصرُّفُ؛ مَخافةَ أن يَنقُضَه المُشتَري[2]، والضَّرَرُ مَدفوعٌ، فيُقدَّرُ بشَهرٍ؛ لأنَّه آجِلٌ وما دونَه عاجِلٌ، بدَليل أنَّه لو حَلَف ليقضِيَنَّ حَقَّه[3] عاجِلًا: فهو على ما دون الشَّهرِ، ولو قال: (آجِلًا): فهو على الشَّهر.

والفَتوى على قول محمَّدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ[4].

والشُّفعةُ واجِبةٌ في العَقار وإن كان لا يُقسَم؛ لإطلاق الأَدِلَّة[5].

(والشُّفعةُ واجِبةٌ في العَقار، وإن كان ممَّا لا يُقسَم) أي إذا قُسِم ذَهَبت مَصلَحةُ المَقسومِ، كالحَمَّام، فإنَّه مَقسومٌ في نَفس الأمرِ، غيرَ أنَّه إذا قُسِم: خَرَج من أن يَكونَ مُنتفَعًا به في تلك المَصلحةِ[6].

ولا شُفعةَ في العُروض والسُّفُن، ولا في البِناء والنَّخلةِ إذا بِيع دونَ العَرْصة؛ لأنها ثَبَتت بخِلاف القِياسِ في العَقار؛ لتَعذُّر الانتِقال.

قَولُه[7]: (ولا شُفعةَ في العُروض...) إلى آخِره: عند عُلَمائِنا رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ: لا تَجِبُ

---

(١) في (ز): مقيد.

(٢) في (ز): الشفيع.

(٣) في (ز): دينه.

(٤) وفي «الهداية»: الفتوى على قولهما، وهو ظاهر المذهب؛ لأن الحق متى ثبت واستقر لم يسقط إلا بإسقاطه بالتصريح، كما في سائر الحقوق. «الجوهرة النيرة» ١/ ٢٧٧.

(٥) منها ما تقدم قريبًا.

(٦) كما تقدم وجهه، وهو أن له برانيًا وجوانيًّا، وجل منافعه في الجواني.

(٧) مثبتة من (ز).

الشُّفعةُ بالشِّرْكة في المَنقولات.

وقال ابنُ أبي لَيلى رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: تَجِبُ.

لنا: أنَّ الشُّفعةَ ثابِتةٌ بخِلاف القِياسِ؛ لِما فيه من تَملُّك المالِ على الغَير بدون رِضاهُ؛ لضَرَرٍ مَوهومٍ من جِهة الدَّخيل، وإنَّه لا يَجوزُ؛ لقَوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمۡۚ﴾[النساء:٢٩]، إلا أنَّا استَحسَنَّاه في العَقار؛ لوُرود الأخبارِ في ذلك..

ولا يُمكِنُ إلحاقُ المَنقولِ به دَلالةً؛ لأنَّ الشُّفعةَ إنَّما وَجبت في العَقار لدَفع ضَرَرِ سُوءِ المُجاوَرةِ على الدَّوامِ؛ لأنَّ العَقارَ يُتمَلَّك للدَّوام، ولا يُمكِنُ انتِقالُه، فمتى دَخَل عليه دَخيلٌ: احتاج الأصيلُ إلى تَحمُّلِ ضَرَرِه على الدَّوام، أو بَيعِ ما أعَدَّه للاقتِناء أبَدًا، فجُعِل له أن يَدفَعَ ضَررَه بتَحويل الصَّفْقةِ إلى نفسه؛ لأنَّه لا ضَرَرَ للدَّخيل بأن عاد إلى رأس مالِه، إنَّما عَدِم رِبحًا قَصَده، وانَدَفع عن الأصيل ضَررُه.

ولأنَّ الضَّرَرَ لَمَّا تُصُوِّر بالجِوار: تَرجَّح الأصيلُ على الدَّخيل؛ لمُراعاة حَقِّ الإبقاءِ؛ لأنَّ تَبديلَ الأصلِ[1] أشَدُّ ضَرَرًا من ترك الحادِثِ، وهذا المَعنى مَعدومٌ في المَنقولات؛ لأنَّها تُشتَرى للبَيع عادةً، فلا ضَرَرَ في بَيع الأصيلِ بصِفَته، ويَقَعُ به الخَلاصُ عن ضَرَره، فلم يَكُن له وِلايةُ التَّملُّكِ على شَريكه بسَبَب دَفعِ الضَّرَرِ، وقد اندَفَع بدونه.

وللذِّمّيِّ الشُّفعة؛ لعُموم الأَثَر: «فلَهُم ما للمُسلِمين، وعليهم ما على المُسلِمين»[2].

---

(١) في (هـ) و(و): الأصيل.

(٢) روى النسائي في «الكبرى» (٨٦٢٧) ولفظه: «وإذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم =

وإذا مُلِك العَقارُ بعِوَضٍ هو مالٌ: وَجَبت فيه الشُّفعةُ؛ لأن المُعاوَضةَ قد تَحَقَّقت بالتَّراضي.

قَولُه: (وإذا مُلِك العَقارُ بعِوَضٍ...) إلى آخِره: الأصلُ أنَّ الشُّفعةَ تَثبُتُ بخِلاف القِياسِ عند وُجودِ مُبادَلةِ المالِ بالمال، وهذه الأعواضُ ليَست بمالٍ، فكان المَملوكُ بالصَّداق وغيرِه كالمَملوك هِبةً، فلا تَجِبُ فيها الشُّفعةُ.

ولا شُفعةَ في الدّار التي يَتزَوَّجُ الرَّجُلُ عليها، أو يُخالِعُ المَرأةَ بِها، أو يَستأجِرُ بِها دارًا، أو يُصالِحُ بِها عن دَم العَمد، أو يُعتِقُ عليها عَبدًا، أو يُصالِحُ عنها[1] بإنكارٍ؛ لأن العِوَضَ ليس بمالٍ، والشُّفعةُ وَجَبت بخِلاف القِياس فيما إذا كان العِوَضُ مالًا.

قَولُه: (ولا شُفعةَ في الدّار التي يَتزَوَّجُ الرَّجُلُ[2] عليها...) إلى آخِره: فَرعٌ لهذا الأصل.

=إلى إحدى ثلاث، فإن أجابوك إليها فاقبل منهم، وكف عنهم: ادعهم إلى الإسلام، فإن فعلوا فأخبرهم أن لهم ما للمسلمين، وأن عليهم ما على المسلمين، ثم ادعهم إلى التحول من دارهم إلى دار المهاجرين...».

وروى الإمام أحمد (١٣٠٥٦)، وأبو داود (٢٦٤١)، والترمذي (٢٦٠٨)، والنسائي (٣٩٧٦)، واللفظ لأبي داود: عن أنسٍ قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أُمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله، وأن محمدًا عبده ورسوله، وأن يستقبلوا قبلتنا، وأن يأكلوا ذبيحتنا، وأن يصلوا صلاتنا، فإذا فعلوا ذلك حرمت علينا دماؤهم وأموالهم، إلا بحقها: لهم ما للمسلمين، وعليهم ما على المسلمين».

قلت: لعل هذه الأحاديث تشير إلى من أسلم لا إلى الذميين، فيستشهد لقضية الذميين بما رواه البيهقي (١٥٩٤٣) عن سيدنا عليٍّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: من كان له ذمتنا فدمه كدمنا، وديته كديتنا. والله أعلم.

(١) في (أ) و(د): عليها.

(٢) في (و): تتزوج المرأة.

وقَولُه: (أو يَستأجِرُ بها دارًا) أي يَجعَلُ الدَّارَ أُجرةً[1].

وقَولُه: (أو يُعتِقُ عليها عبدًا) أي يقول لعَبده: (أعتَقتُك على دار[2] فُلانٍ هذه)، فقبل العبدُ حتى عَتَق، ثم وُهِبت له تلك الدَّارُ، فدَفَعها إلى السَّيِّد: لا تَثبُتُ فيها الشُّفعةُ.

قَولُه: (لأنَّ العِوَضَ ليس بمالٍ) أمَّا البُضعُ عند الخُروجِ فظاهِرٌ، وكذا عند الدُّخولِ؛ لأنَّ المالَ غيرُ الآدميِّ خُلِق لمَصلَحة الآدميِّ، ويَجري فيه الشُّحُّ والضِّنَّةُ[3]، وجُزؤُه لا يَكونُ غيرَه.

والصُّلحُ عن[4] الإنكار لقَطع الخُصومةِ، وهو ليس بمالٍ.

قَولُه: (أو يُصالِحُ عنها بإنكارٍ) وَقَع في أكثر نُسَخِ «المُختَصِر»[5]: (أو يُصالِحُ عليها بإنكارٍ). ومَعنى الأوَّلِ: أن تكونَ الدَّعوى في الدَّار، لا أن تكونَ الدَّارُ بَدَلَ الصُّلحِ.

ومَعنى الثَّاني: أن تكونَ الدَّارُ بَدَلَ الصُّلحِ.

والصَّحيحُ: (أو يُصالِحُ عنها بإنكارٍ)؛ لأنَّه إذا صالح عليها بإنكارٍ: تَجِبُ الشُّفعةُ، نَصَّ عليه في «الهِداية»[6].

---

(١) في (هـ) و(و) زيادة: حتى ملكها.

(٢) في (هـ) و(ز): بدار.

(٣) الضنُّ: البخل. «المختار» ص١٨٦.

(٤) في (هـ): عند.

(٥) أي مختصر القدوري، وانظر العبارة في «الهداية» ٤/ ٣١٩.

(٦) حيث قال ثمة ٤/ ٣١٩: لأنه إذا صالح عنها بإنكار بقي الدارُ في يده، فهو يزعم أنها لم تزُل=

وهذا لأنَّه إذا صالح عليها بإنكارٍ: فالمُدَّعي[1] يَزعُمُ أنَّه مَلكها بعِوَضٍ، والمَرءُ مُؤاخَذٌ بزَعمه، وقد تَحقَّق الانتِقالُ من يَدٍ إلى يَدٍ، فكأنَّه اشتَراها بما يدَّعيه، فتَثبُتُ الشُّفعةُ، أما إذا صالح عنها بإنكارٍ: ففي زَعم المُنكِرِ أنَّ الدَّارَ بَقِيت في يده كما كانت، وإنَّما بَذَل المالَ لافتِداء اليَمينِ، وقَطعِ الشَّغْبِ[2]، فلا تَجِبُ الشُّفعةُ.

والصُّلحُ عنها بالسُّكوت مُلحَقٌ بالإنكار؛ لأنَّ سُكوتَه يَحتَمِلُ الإنكارَ، فيُحمَل عليه بدَلالة حالِه، وهذا لأنَّه لو كان خَصمُه مُحِقًّا: لوَجَب عليه البَيانُ بالإقرار؛ لأنَّ السَّاكِتَ عن الحَقِّ شَيطانٌ أخرَسُ بالحَديث[3].

فإن صالَح عليها بإقرارٍ أو سُكوتٍ: وَجَبت الشُّفعةُ؛ لأن المُعاوَضةَ قد تَحقَّقت بالتَّعاطي، بخِلاف الإنكار، لأنه تَبيَّنَ عَدَمُ المُعاوَضة.

(صالَح عنها بإقرارٍ) فإنَّه تَجِبُ الشُّفعةُ؛ لأنَّه اعترَف بالمِلك للمُدَّعي، وإنَّما استَفاد المِلكَ بالصُّلح، فكان مُبادَلةً مَحْضةً.

قَولُه: (بخِلاف الإنكارِ) فيه إشارةٌ إلى قَوله: (أو يُصالِحُ عنها بإنكار)؛ لأنَّ الشُّفعةَ تَجِبُ فيما إذا صالح عليها بإنكارٍ؛ لوُجود المُعاوَضةِ في حَقِّ المُدَّعي، على ما بيَّنَّا.

=عن ملكه، وكذا إذا صالح عنها بسكوت؛ لأنه يحتمل أنه بذل المال افتداءً ليمينه وقطعًا لشغْب خصمه، كما إذا أنكر صريحًا، بخلاف ما إذا صالح عنها بإقرار؛ لأنه معترف بالملك للمدعي، وإنما استفاده بالصلح فكان مبادلة مالية، أما إذا صالح عليها بإقرار أو سكوت أو إنكار: وجبت الشفعة في جميع ذلك؛ لأنه أخذها عوضًا عن حقه في زعمه إذا لم يكن من جنسه، فيعامل بزعمه.

(١) في (ز): والمدعي.

(٢) الشَّغْبُ بالتسكين: تهييج الشر، ولا يقال: شَغَب بالتحريك. «المختار» ص١٦٦.

(٣) لم أقف عليه، وتقدم الكلام عليه.

ويَحتَمِلُ أن يَكونَ هو المُرادَ[1]؛ إذ لو لا ذلك لبَيَّنَ الحُكمَ في الإنكار كما بَيَّنَ في الإقرار والسُّكوتِ، لكنِ الحَملُ عليه مِمَّا يأباه الحُكمُ والتَّعليلُ، على ما ذَكَرنا.

وإنَّما خَصَّ الإقرارَ والسُّكوتَ -وإن كان الحُكم في الإنكار كذلك- لأنَّه وَقَع أكثر نُسَخِ «المُختَصَرِ»: أو يُصالِحُ عليها بإنكارٍ، فاقتَصَر على البَيان في الإقرار والسُّكوتِ؛ لسَبق بَيانِ الإنكارِ.

فالحاصِلُ: أنَّ الشُّفعةَ تَجِبُ فيما إذا صالح على دارٍ، سَواءٌ كان بإقرارٍ، أو سُكوتٍ، أو إنكارٍ، ولا تَجِبُ الشُّفعةُ إذا صالَح عن دارٍ بإنكارٍ أو سُكوتٍ، إلا أن يَكونَ بإقرارٍ، فإنَّه يَجِبُ حينئذٍ.

قَولُه: (لأنَّه تَبيَّن عَدَمُ المُعاوَضةِ) أي تَبيَّن بإنكاره عَدَمُ المُعاوَضةِ؛ لأنَّ عِوَضَه قَطَعُ الخُصومةِ، وهو ليس بمالٍ.

هذا حاصِلُ ما لخَّصه شَيخُنا الأستاذُ حَميدُ الدِّينِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وهذه المَسألةُ مُختَلِفةُ الألفاظِ في النُّسَخ، والخَطأُ فيها من النَّاسِخ، والصَّحيحُ ما ذَكَرتُه[2].

---

(١) في (هـ): أن يكون المراد هذا.

(٢) في (هـ): ما ذكره.

فصلٌ «في طلب الشُّفعة والخصومة فيها»

فصل

وإذا تَقَدَّم الشَّفيعُ إلى القاضي، فادَّعى الشِّراءَ وطَلَب الشُّفعةَ: سَأَل القاضي المُدَّعى عليه، فإن اعترَف المُشتَري بمِلكه الذي يَشفَع به.. وإلا كَلَّف الشَّفيعَ بإقامة البَيِّنة، فإن عَجَز عن البَيِّنة: استُحلِف المُشتَري بالله ما يَعلَمُ أنه مالِكٌ للذي ذَكَره مما يُشفَع به.

قَولُه: (وإلا كُلِّف الشَّفيعُ إقامةَ البيِّنةِ) لأنَّ اليَدَ ظاهِرٌ مُحتَمِلٌ، فيَحتَمِلُ أن يَكونَ يَدَ مِلكٍ، ويَحتَمِلُ أن يَكونَ يَدَ أمانةٍ، فلا يَكفي لإثبات الاستِحقاقِ؛ لما عُرِف أنَّ الظَّاهِرَ يَصلُحُ حُجَّةً للدَّفع لا للاستِحقاق، والشَّفيعُ هو المُستَحِقُّ، فلا يَكونُ ظاهِرُه حُجَّةً له، وفي مَسألة الطَّاحونةِ[1] استِحقاقُ الأُجرةِ بالعَقد السَّابِقِ لا بالظَّاهر.

---

(١) المراد ما إذا اختلف مالك الطاحونة مع المستأجر إذا طالبه بمدة، فقال: كان الماء منقطعًا: حُكِّم جريانُه في الحال، فإذا كان منقطعًا في الحال: فيُعطف على الماضي لرفع أجرة استحقاق الماضي، فكذا هذا، والتعبير بالاستصحاب أحسن من التعبير بالظاهر، فإن ما يثبت به الاستحقاق كثيرًا ما يكون ظاهرًا، كأخبار الآحاد قد تثبت ما يوجب استحقاقًا. اهـ. كمال، وكتب ما نصه: قوله: كما في جريان ماء الطاحونة.. اختلفا في وجوب الأجر بعد المدة، فالمستأجر يقول الماء منقطع، فلا يجب الأجر، وقال الآجر: جارٍ فيجب الأجر، فلو كان الماء في الحال جاريًا كان القول للآجر، ولو كان منقطعًا كان القول للمستأجر، وهذا حكم باستصحاب الحال في حق ما مضى، بخلاف=

قَولُه: (سَأل القاضي المُدَّعى عليه) أَبهَمَ المُدَّعى عليه لأنَّه مُتردِّدٌ بين البائعِ والمُشتَري، إذ البائعُ هو الخَصمُ إذا كان المَبيعُ في يَده، والمُشتَري إذا قَبَض، فالظَّاهِرُ أنَّ المُرادَ منه المُشتَري، بدَليل قَولِه: (فإن اعتَرَف المُشتَري).

قَولُه: (استُحلِف المُشتَري) أي بطَلَب الشَّفيعِ، وإنَّما يُحلَّفُ على العِلم؛ لأنَّه استِحلافٌ على ما في يد غيرِه، وفي مِثله يُحلَّفُ على العِلم.

و(من) في قَوله: (ممَّا يَشفَع) للبَيان، كقَوله تعالى: ﴿فَٱجْتَنِبُواْ ٱلرِّجْسَ مِنَ ٱلْأَوْثَٰنِ﴾[1] [الحج: ٣٠].

فإن نَكَل أو قامت للشَّفيع بَيِّنةٌ: سَأله القاضي: (هل ابتاع أم لا؟)، فإن أنكَر الابتِياعَ قيل للشَّفيع: (أَقِم البَيِّنة)، فإن عَجَز عنها: استُحلِف المُشتَري بالله ما ابتَاع، أو بالله ما استَحِقَّ عليه في هذه الدار شُفعةٌ من الوَجه الذي ذَكَره؛ لأنه لا بُدَّ من كون الشَّفيعِ مالِكًا للدّار التي يَشفَعُ بِها، ولا بُدَّ من أن تكونَ الدّارُ التي يَدَّعي الشُّفعةَ فيها مَبيعةً، ولا يَظهَرُ ذلك إلا بالبِيِّنة، أو النُّكول، أو الإقرار.

قَولُه: (سَأله القاضي) أي المُدَّعى عليه.

قَولُه: (استُحلِف المُشتَري بالله ما ابتاع، أو بالله ما استُحِقَّ) الثَّاني على الحاصِل[2]،...

=المفقود، فإن هناك حكمًا باستصحاب الحال الماضي في حق الحال، فعلم أن العمل بالاستصحاب تارةً يكون في الحال للماضي، وتارة من الماضي إلى الحال. اهـ كاكي. انتهى شلبي ٤/ ٢٠٠.

(١) أي اجتنبوا رجس الأوثان، وتقدم الكلام على ذلك.

(٢) أي فهذا الاستحلاف على الحاصل، أعني الاستحلاف على حكم الشيء في الحال.

والأصل في الاستحلاف هو الاستحلاف على الحاصل عندهما، وعند أبي يوسف على السبب=

والأَوَّلُ على السَّبَب[1]، كذا في «الهِداية».

وفي «الذَّخيرة»: يُحلِّفُه على السَّبَب، ولا يُحلِّفُه على الحاصِل؛ لأنَّه لو حَلَف على الحاصِل في شُفعة الجِوارِ: عَسى يَتأوَّلُ قَولَ من لا[2] يرى شُفعةَ الجِوارِ.

ويُحلَّف هنا على البَتات؛ لأنَّه استِحلافٌ على فِعل نَفسِه، وفي مِثله يُحلَّف على البَتات.

قَولُه: (لأنَّه لا بُدَّ...) شَرَع لإقامة الدَّليلِ على جَميع ما تَقدَّمَ.

وتَجوزُ المُنازَعةُ في الشُّفعة قبل أن يُحضِرَ الشَّفيعُ الثَّمَنَ، فإذا قُضِي له بالشُّفعة: فللشَّفيع أن يُؤَدِّيَ الثَّمَن، ثم يَأخُذَ الدّارَ.

(قبل أن يُحضِرَ الشَّفيعُ الثَّمَنَ) هكذا وَقَع في بعض النُّسَخِ، وفي بعضها: (قبل أن يُحضِرَ المُشتَرِيَ) أي قبل أن يُحضِرَ الشَّفيعُ المُشتَرِيَ الثَّمَنَ[3]؛ لأنَّ الإحضارَ يَتعدَّى إلى مَفعولَين.

أو جَعَل الشَّفيعَ مُشتَرِيًا؛ لِمَا أنَّ الصَّفْقةَ تتحَوَّلُ إليه، ويَصيرُ هو كالمُشتَري في الأحكام.

=إلا إذا وجد التعريض من المدعى عليه فحينئذ يُحَلَّفُ على الحاصل.

وفي «شرح» الأقطع: فالذي ذكره في «الكتاب» إنما هو قول محمد، وقال أبو يوسف: يحلف بالله ما ابتاع إلا أن يعرض فيقول: قد يشتري الإنسان بالشيء ثم يفسخ العقد، فلا يمكن استحلافه كذلك، فيحلفه بالله ما يستحق عليه شفعته. «البناية» ١١/ ٣١٣.

(١) وهو قوله بالله ما ابتاع. «البناية» ١١/ ٣١٣.

(٢) سقطت من (هـ).

(٣) في (و): بالثمن.

(فللشَّفيع أن يُؤَدِّيَ الثَّمَنَ) أي فعلى الشَّفيعِ، كقَوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا﴾ [الإسراء:٧]، أي فعليها.

وللشَّفيعُ الرَّدُّ بخِيار الرُّؤيةِ والعَيب؛ لأنه مُتَمَلِّكٌ بالثَّمَن كالمُشتَري، إلا أن رِضا المُتَمَلَّكِ عليه ليس بشَرطٍ في حَقِّه شَرعًا.

(إلا أَنَّ رضا المُتَملِّكِ عليه) جَوابٌ لسُؤال مُقدَّرٍ، وهو أن يُقالَ: إنَّه ليس كالمُشتَري؛ لأنَّ المُشتَري يَتملَّكُ المَبيعَ برضا البائِعِ، وهو يَتمَلَّكُه جَبرًا، فله أن يُخاصِمَه، على ما بيَّنَّاه في جانِب المُشتَري من التَّحليف على العِلم تارةً، وعلى البَتات أُخرى.

وإذا أَحضَر الشَّفيعُ البائِعَ والمَبيعُ في يَده: فله أن يُخاصِمَه في الشُّفعة؛ لأن المُدَّعى في يَده.

ولا يَسمَعُ القاضي البَيِّنَةَ حتى يَحضُرَ المُشتَري؛ لأنه المالِك، فيَفسَخُ البَيعَ بمَشهَدٍ منه، ويَقضي بالشُّفعة على البائِع؛ لأنه المُدَّعى عليه، والعُهدةُ على البائِع؛ لأن الدّار أُخِذت منه[1].

قَولُه: (لأَنه المالِكُ) أي الدَّارُ مِلكُ المُشتَري وهو في يد البائِعِ، والقاضي يَقضي باليَد والمِلكِ للشَّفيع، فلا بُدَّ من حُضور من له اليَدُ، ومن له المِلكُ.

---

(١) في (أ) زيادة من حاشية مصححة: وإن كان الدار في يد المشتري: فلا حاجة إلى حضرة البائع؛ لأنه ليس له يد ولا ملك، ويقيم البينة على المشتري [كلمة غير واضحة] عليه بالشفعة والعهدة، المبيع قد أخذ منه، ويرجع الشفيع بالعهدة على من أخذ منه الدار عندنا، وقال الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: المشتري بكل حال.

قَولُه: (فيَفسَخُ البَيعَ بمَشهدٍ منه[1]) ووَجه هذا الفَسخِ: أن يَنفَسِخَ في حَقِّ الإضافةِ إلى المُشتَري؛ لأنَّ قَولَه: (بِعتُ) إيجابُ البَيعِ، وقَولَه: (منك[2]) نِسبةٌ وإضافةٌ إلى المُشتَري، فإذا أخذها الشَّفيعُ: صار كأنَّ ذلك أُضيفَ إلى الشَّفيعِ؛ لأنَّه مُقدَّمٌ عليه، فيَنتَقِضُ العَقدُ في حَقِّ الإضافةِ إليه؛ لأنه[3] يَنتَقِضُ أصلًا؛ إذ لو كان كذلك: لبَطَل حَقُّ الشُّفعةِ؛ لأنَّه بِناءٌ على البَيعِ، ولكنَّه تَتحوَّلُ الصَّفْقةُ إليه، وصار كأنَّ البَيعَ في الابتِداء وَقَع مع الشَّفيعِ.

وقيل: جاز أن يَكونَ فَسخًا مُطلَقًا.

ومع هذا تَثبُتُ الشُّفعةُ؛ لأنَّها إنَّما تَثبُتُ بالاتِّصال المَوصوفِ ورَغبةِ البائعِ، وقد وُجِد.

وإذا تَرَك الشَّفيعُ الإشهادَ حين عَلِم بالبَيعِ وهو يَقدِرُ على ذلك: بَطَلَت شُفعَتُه.

قَولُه: (وإذا تَرَك الشَّفيعُ الإشهادَ) أي طَلَبَ المُواثَبةِ.

(وهو يَقدِرُ على ذلك) لأنَّ الزَّمانَ الذي لا يُقدَر عليه غيرُ مُعتبَرٍ؛ لأنَّ الشُّفعةَ إنَّما تَبطُلُ بتَركِ الطَّلَبِ؛ لأنَّه دَليلُ الإعراضِ، والإعراضُ إنَّما يَتحقَّقُ حالةَ الاختيارِ، وهي عند القُدرةِ والعَجزِ، بأن يَأخُذَ أحَدٌ فمَه أو غيرَ ذلك.

قال شَيخُ الإسلامِ خُواهَر زادَه رَحِمَهُ اللَّهُ: إنَّما يُحتاجُ إلى طَلَبِ المُواثَبةِ ثُمَّ إلى طَلَبِ الإشهادِ: إذا لم يُمكِنه الإشهادُ عند طَلَبِ المُواثَبةِ، بأن سَمِع الشِّراءَ حال غَيبَتِه

(١) في سوى (و): بمشهده.

(٢) في (ز): بعتك.

(٣) في (ز): إليه لا.

عن المُشتري والبائِعِ والدَّارِ، أمَّا إذا سَمِع عند حَضرة أحَدِ هؤلاء، وطَلَب طَلَبَ[1] المُواثَبةِ، وأَشهَد على ذلك: فإنَّه يَكفيه، ويَقومُ ذلك مَقامَ الطَّلَبينِ.

وكذلك إن أَشهَد في المَجلِس ولم يُشهِد على أحد المُتَبايِعَين، أو عند العِقار؛ لِما رَوينا من الحَديث[2]، فتَعلَّق تأكُّدُ الحَقِّ بالطَّلَب مُواثَبةً وتَقريرًا.

(وكذلك إن أَشهَد في المَجلس) أي طَلَب في المَجلِس طَلَبَ المُواثَبةِ، أو يَكونُ المُرادُ من هذين اللَّفظين حَقيقتَه.

وإن صالَح مِن شُفعَته على عِوَضٍ أَخَذه: بَطَلت شُفعَتُه؛ لِتَرْك الطَّلَب، ويَرُدُّ العِوَضَ؛ لأنه لا يُقابِلُه ما[3] يُماثِلُه، فإذنْ هو رِشوةٌ.

وَمعنى البُطلانِ: أن لا يَتمكَّنَ من إثبات الشُّفعةِ عند القاضي؛ إذ الفائِدةُ المَطلوبةُ منه الإثباتُ عندَه، فإذا لم يَتمكَّن منه: صار كأنَّه لم يَكُن.

قَولُه: (لتَرك الطَّلَبِ) أي لتَرك الطَّلَبِ مُختارًا، فيَكونُ مُسقِطًا حَقَّه اختيارًا، لكنَّه طَمِع في غير مَطمَعٍ، وهو المالُ، والمالُ لا يُستَحَقُّ إلا بمُقابَلة مِلكٍ له، وحَقُّ الشُّفعةِ ليس بمِلكٍ له، ولا حَقٍّ مُتقرِّرٍ[4] في المَحَلِّ، وإنَّما هو مُجرَّدُ حَقِّ التَّملُّكِ، فلا يُستَحَقُّ المالُ بمُقابَلته، فيَكونُ رِشوةً، بخِلاف القِصاصِ والخُلعِ؛ لأنَّ ذلك كلَّه مِلكٌ مُتقرِّرٌ في المَحَلِّ.

وإذا مات الشَّفيع: بَطَلت شُفعَتُه؛ لأن حَقَّ التَّملُّكِ ثَبَت له بخِلاف القِياس.

(١) مثبتة من (ز).

(٢) أي حديث: «الشفعة لمن واثبها».

(٣) في (ب) و(ج): مما.

(٤) في (و): منفرد.

فإن مات المُشتَري: لم تَبطُل شُفعَتُه؛ لأن من له الحَقُّ قائِمٌ.

قَولُه: (وإذا مات الشَّفيعُ: بَطَلت شُفعَتُه) أي إذا مات بعد البَيعِ قبل القَضاءِ بالشُّفعة، أما إذا مات بعد قَضاءِ القاضي قبل نَقدِ الثَّمَنِ وقَبضِه: فالبَيعُ لازِمٌ لورَثته، ولا يُمكِنُ إلحاقُ الوارِثِ بالمُورِّث دَلالةً؛ لأنَّه لا مِلكَ له وَقتَ البَيعِ، وقِيامُ المِلكِ(١) وَقتَ البَيعِ وبَقاؤُه إلى وَقت القَضاءِ شَرطٌ.

وإذا باع الشَّفيعُ ما يَشفَعُ به قَبل أن يُقضى له بالشُّفعة: بَطَلت شُفعَتُه؛ لأنه لم يَبقَ السَّبَبُ عند القَضاء.

قَولُه: (لأنَّه لم يَبقَ السَّبَبُ عند القَضاءِ) أي سَبَبُ استِحقاقِ الشُّفعةِ زال قبل التَّملُّكِ، وهو الاتِّصالُ بمِلكه، وإنَّه(٢) ثَبَت بخِلاف القِياسِ، فيُراعى جَميعُ ما وَرَد به النَّصُّ.

---

(١) في (و): الملكية.

(٢) في (هـ): ولئن.

فصلٌ ﴿فيما تسقط به الشُّفعة﴾

فصلٌ

لا شُفعةَ لوَكيل البائِع؛ لأن الوَكيلَ أَصلٌ في حُقوق البَيع، والبائِعُ تارِكٌ للشِّرْكة والمُجاوَرة، فلا يَتَضَرَّرُ به.

وكذلك إن ضَمِنَ الدَّرَكَ عن البائِع للمُشتَري.

قَولُه: (لا شُفعةَ لوَكيل البائِعِ) سَمَّى المُوكِّلَ بائِعًا -وإن لم يُوجَد منه البَيعُ حَقيقةً-: لأنَّ الوَكيلَ لَمَّا باع بأمره فكأنَّ المُوكِّلَ باعه.

وفي بعض النُّسَخ: (للوَكيل البائِعِ)، وهذا ظاهِرٌ.

(والبائعُ تارِكٌ للشِّرْكة والمُجاورةِ، فلا يَتضرَّرُ به) أي الشُّفعةُ إنَّما تَثبُتُ لدَفع الضَّرَرِ، والوَكيلُ أصيلٌ في حُقوق البَيعِ، فيَكونُ هو البائِعَ، وقد رَضِي بتَرك الشُّفعةِ، ورَضِي بتَرك الشِّرْكةِ[1] إذا كان شَريكًا، والمُجاورةِ إذا كان جارًا، فلا يَستَحِقُّ دَفعَ الضَّرَرِ بثُبوت الشُّفعةِ، وكذلك إن ضَمِن الدَّرَكَ[2]؛ لأنَّه ضَمِن له أن يُخلِّصَ له الدَّارَ، فيَكونُ راضِيًا بتَرك الشُّفعةِ ضَرورةً.

(١) في (ز): الشفعة.

(٢) وهو: أن يَقولَ للمُشتَري: (أنا ضامِنٌ للثَّمَن إن استَحَقَّ الْمَبيعَ أحدٌ). «الكافي» ٧/ ٢٠.

ووَكيلُ المُشتَري إذا ابتاعَ فله الشُّفعةُ كالمُشتَري؛ لأنه طالِبٌ للشِّرْكة والمُجاورة.

قَولُه: (كالمُشتَري) أي إذا اشتَرى رَجُلٌ لنَفسه دارًا: لم تَسقُط شُفعَتُه، فكذلك إذا اشتَرى وَكيلُه، حتى إنَّ أَحَدَ الشُّفعاءِ إذا اشتَرى الدَّارَ: فهو على شُفعَته.

ويَظهَرُ ذلك عند مُزاحَمةِ الآخَرين[1]، حتى إذا جاء شَفيعٌ دونَه: لا شُفعةَ له، ولو جاء شَفيعٌ مِثلُه: يَأخُذُ منه[2] نِصفَ الدَّارِ.

(لأنَّه طالِبٌ للشِّرْكة والمُجاورةِ) أي ليس في أخذه بالشُّفعة ما يُبطِل شِراءَه؛ لأنَّ الشِّراءَ لطَلَب الشِّرْكةِ والمُجاورةِ، وطَلَبِ الشُّفعةِ كذلك، فلا يَكونُ هذا مُبطِلًا لذلك.

بخِلاف البَيعِ؛ فإنَّه لإبطال[3] الشِّرْكةِ والمُجاورةِ، والشُّفعةُ لإثباتهما، فيَكونُ أحدُهما مُنافِيًا للآخَر ومُبطِلًا له.

وحَقيقةُ الفِقه فيه: ما ذَكَر في «المَبسوط»: أنَّ الشُّفعةَ إنَّما تَبطُلُ بإظهار الشَّفيعِ الرَّغبةَ عن الدَّار، لا بإظهار الرَّغبةِ فيها، والشِّراءُ إظهارُ الرَّغبةِ فيها في المُشتَرَى، فلا يَكونُ إبطالًا، وأما البَيعُ فإظهارُ الرَّغبةِ عنها، فيَكونُ إبطالًا للشُّفعة.

---

(١) فكذلك شراؤه لغيره، وهذا لأن الشفعة إنما تبطل بإظهار الشفيع الرغبة عن الدار لا بإظهار الرغبة فيها، والشراء إظهار الرغبة في المشترى، فلا يكون إبطالًا للشفعة؛ ولأن البائع يلتزم العهدة بالبيع، فلو أخذ بالشفعة كان مبطلًا ما التزم به من العهدة، والمشتري يلتزم الثمن بالشراء، وهو بالأخذ بالشفعة يقرر ما التزم بالشراء، ولو شهد ابنا الشفيع أنه قد سلم الشفعة لم تجز شهادتهما؛ لأنهما يشهدان لأبيهما بتقرر الملك واليد فيها. «المبسوط» ١٤/ ١٢٢.

(٢) سقطت من (و).

(٣) في (و) و(ز): لا يطالب.

وَمَن باع بشَرط الخِيار: فلا شُفعةَ للشَّفيع؛ لأنه لم يَخرُج به عن مِلك البائِع، فإن أَسقَط الخِيارَ: وَجَبت الشُّفعةُ.

(فإن أَسقَط الخِيارَ: وَجبَت الشُّفعةُ) ويُشتَرَط الطَّلَبُ عند سُقوطِ[١] الخِيارِ في الصَّحيح[٢]؛ لأنَّ البَيعَ يَصيرُ سَبَبًا عند ذلك[٣]، كذا في «الهِداية».

وإن اشتَرى بشَرط الخِيار: وَجَبت الشُّفعةُ؛ لأن المَبيعَ خَرَج عن مِلك البائِع، والشُّفعةُ تَتعَلَّقُ بخُروج المَبيعِ عن مِلك البائِع.

(والشُّفعةُ تَتعَلَّقُ بخُروج المَبيعِ عن مِلك البائعِ) حتى إذا أَقَرَّ البائِعُ بالبَيع: تَثبُتُ الشُّفعةُ، وإن كان المُشتَرِي يُكذِّبُه.

ومن ابتاع دارًا شِراءً فاسِدًا: فلا شُفعةَ فيها، ولكُلّ واحِدٍ من المُتعاقِدَينِ الفَسخُ؛ لأن المِلكَ للبائِع.

(لأنَّ المِلكَ للبائع) أي حَقيقةً أو تَقديرًا.

أما حَقيقةً: إذا كان قبل القَبضِ.

وأما تَقديرًا: إذا كان بَعدَه؛ لثُبوت وِلايةِ الفَسخِ للبائع شَرعًا؛ دَفعًا للفَساد، فجُعِل كالمَفسوخ[٤] بِناءً على الظَّاهِرِ.

---

(١) في (ز): شرط. وانظر «الهداية» ٤/ ٣١٩.

(٢) قوله في الصحيح: احتراز عن قول بعض المشايخ: إنه يشترط الطلب عند وجود البيع؛ لأنه هو السبب. «العناية» ٩/ ٤٠٧.

(٣) أي عند سقوط الخيار، أراد سببًا هو علة؛ لأن البيع بشرط الخيار قبل انقضاء المدة سبب يشبه العلة، وليس بعلة، وإنما يصير علة عند سقوط الخيار، فيشترط الطلب عند ذلك، كما في البيع الباتّ يشترط الطلب عَقِبه. «البناية» ١١/ ٣٦٠.

(٤) في (و): كالمنسوخ. وهي محتملة كذلك في نسخة الأصل.

فإن أَسقَط حقَّ الفَسخ: وَجَبت الشُّفعة؛ لثُبوت المِلك للمُشتَري بالمُعاوضة.

(فإن سَقَط الفَسخُ) بأن يَبيعَ ذلك من آخَرَ، أو يَبنِيَ المُشتَري فيها بناءً، أو يَغرِسَ نَخلًا، أو وَهَبَ، فإنَّه يَسقُطُ حُقُّ الفَسخِ، وتَجِبُ الشُّفعةُ في ضِمن هذه الأشياءِ.

والسُّقوطُ في ضِمن البِناءِ قَولُ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وعندهما: لا يَسقُطُ، ومتى سَقَط حَقُّ البائعِ في الاستِرداد بالبَيع: فللشَّفيع الخِيارُ بين أن يَأخُذَها بالبَيع الأوَّلِ بالقيمة، لكن بعدما أَبطَل البَيعَ الثَّانيَ، وبين أن يَأخُذَ بالبَيع الثَّاني بالثَّمَن[1].

فإن قيل: الشَّفيعُ إذا نَقَض[2] البَيعَ الثَّانيَ: عاد حَقُّ البائعِ في الاستِرداد، فيَنبَغي أن لا يَثبُتَ للشَّفيع حَقُّ الشُّفعةِ.

قيل: البَيعُ الثَّاني صَحيحٌ، وإنَّما يُنقَضُ[3] لحَقِّ الشَّفيعِ اقتِضاءً، وقد عُرِف أنَّ ما يُنتَقَض لإثبات حَقٍّ: لا يَصلُحُ أن يكونَ مُبطِلًا لذلك.

ولأنَّ انتِقاضَ البَيعِ الثَّاني عاد لحَقِّ الشَّفيعِ، فلا يَجوزُ أن يَكونَ مُبطِلًا لحَقِّ الشَّفيعِ أيضًا؛ لئلَّا يَعودَ على مَوضوعه بالنَّقض.

وإن باع ذِمِّيٌّ دارًا بخَمرٍ أو خِنزيرٍ، وشَفيعُها ذِمِّيٌّ: أَخَذها بمِثل الخَمرِ وقيمة الخِنزير.

وإن كان شَفيعُها مُسلِمًا: أَخَذها بقيمة الخَمرِ والخِنزير؛ لتعذُّر تَسليمِ الخَمرِ

---

(١) سقطت من (و).

(٢) في (هـ): قبض.

(٣) في (ز): ينتقض.

والخِنزير.

قَولُه: (أَخَذها بمِثل الخَمرِ وقيمةِ الخِنزيرِ) لأنَّ هذا البَيعَ مَقْضِيٌّ بالصِّحة فيما بينهم، والخَمرُ لهم كالخَلِّ لنا، والخِنزيرُ كالشَّاة، فيَأْخُذُ الأَوَّلَ بالمِثل، والثَّانِيَ بالقيمة.

ولا شُفعةَ في الهِبة، إلا أن تكونَ بعِوَضٍ مَشروطٍ؛ لأن الهِبةَ بالعِوض المَشروطِ مُبادَلةٌ آخِرًا.

(إلا أن تَكونَ بعِوَضٍ) بأن قال: (وَهبتُ هذا العَقارَ[1] لك على أن تُعوِّضَني كذا)، فيَكونُ هِبةً ابتِداءً، بَيعًا انتِهاءً، فيُشتَرَط قَبضُ البَدَلَين، وأن لا يَكونَ المَوهوبُ ولا عِوَضُه شائعًا[2].

ويُشتَرَط الطَّلَبُ وَقتَ القَبضِ، حتى لو سَلَّم الشُّفعةَ قبل قَبضِ البَدلَين: كان باطِلًا[3]؛ لأنَّه إنَّما يَصيرُ سَببًا للمِلك عند القَبضِ[4].

---

(١) في (و) و(ز): العبد.

(٢) في (هـ) و(ز): سابقًا.

(٣) وإن وهب له عقار على شرط العوض، ثم عوضه بعد ذلك: فلا شفعة فيه ولا فيما عوضه. «الجوهرة النيرة» ١/ ٢٨١.

(٤) قال في «النهاية»: ولا بد من القبض عندنا، خلافًا لزفر، فلا شفعة ما لم يتقابضا.

وعلى قوله تجب قبل التقابض بناءً على أن الهبة بشرط العوض عنده بيع ابتداءً وانتهاءً، وعندنا بر ابتداء وبمنزلة البيع إذا اتصل به القبض من الجانبين، كذا في «المبسوط» اهـ وفي القهستاني عن «المحيط»: يعتبر الطلب عند التقابض في ظاهر الرواية، فقول السائحاني عن المقدسي: وفي رواية وقت العقد وهو الصحيح: مشكل؛ فإنه مبنيٌّ على قول زفر، ولم أر من صححه من شراح «الهداية» وغيرها، فتأمل. «رد المحتار» ٦/ ٢٣٥.

فصلٌ في الاختلاف في الثَّمن

فصلٌ في الاختلاف في الثَّمن

إذا اختَلَف الشَّفيعُ والمُشتَري في الثَّمَن: فالقَول قَولُ المُشتَري؛ لأنه مُنكِرٌ ثُبوتَ حَقِّ التَّمَلُّكِ للشَّفيع إلا بِهذا القَدْر.

(إذا اختَلَف الشَّفيعُ والمُشتَري في الثَّمَن) صُورةُ المَسألةِ: فيما إذا كانت الدَّارُ مَقبوضةً، والثَّمَنُ مَنقودًا، فعند الاختِلافِ لا يَجري التَّحالُفُ؛ لأَنَّه ليس بمَنصوصٍ ولا في مَعناه؛ لأَنَّه إذا كان يدَّعي استِحقاقَ الدَّارَ عليه: فالمُشتَري لا يَدَّعي عليه شيئًا؛ لتخيُّره بين التَّركِ والأخذِ، فلا يَتحَقَّقُ الإنكارُ.

فإن أَقاما البيِّنة: فالبيِّنةُ للشَّفيع عند أبي حنيفة ومحمد رَحِمَهُمَاٱللَّهُ؛ لأنه يُثبِتُ حَقَّ التَّمَلُّك للشَّفيع.

قَولُه: (لأَنَّه يُثبِتُ حَقَّ التَّمَلُّكِ) فكانت مُلزِمةً، وبَيِّنةُ المُشتَري غيرُ مُلزِمةٍ، والبَيِّناتُ للإلزام.

وهذا لأَنَّه إذا قُبلت بَيِّنةُ الشَّفيعِ: وَجَب على المُشتَري تَسليمُ الدَّارِ إليه، شاء أو أَبى، وإذا قُبلت بَيِّنةُ المُشتَري: لا يَجِبُ على الشَّفيع شيءٌ؛ لتخيُّره بين الأخذِ والتَّركِ[1].

(١) وبه فارق بينة البائع والمشتري؛ لأن كل واحدة من البينتين هناك ملزمة، وكذلك بينة الوكيل=

وعند أبي يوسف: البَيِّنةُ للمُشتَري؛ لأنه يُثبِتُ الزِّيادة.

(لأنَّه يُثبِتُ الزِّيادةَ) فكانت أكثرَ إثباتًا، والبَيِّناتُ شُرِعت للإثبات، فمهما كان أكثرَ إثباتًا كان أَولى، كبَيِّنة البائعِ والمُشتَري في مِقدار الثَّمَنِ[1].

وإن ادَّعى المُشتَري ثَمنًا أكثَرَ منه، وادَّعى البائِعُ أقَلَّ منه، ولم يَقبِض الثَّمَنَ: أَخَذها الشَّفيعُ بما قاله البائِع، وكان ذلك حَطًّا عن المُشتَري؛ لأن البائِعَ له وِلايةُ الحَطّ.

قَولُه: (وإن ادَّعى المُشتَري ثَمنًا...) إلى آخِره: لم يَذكُر أنَّه هل قَبَض المُشتَري الدَّارَ أم لا، وذَكَر في «المَبسوط»: إذا اختَلَف البائِعُ والمُشتَري والشَّفيعُ في الثَّمَن قبلَ نَقدِ الثَّمنِ -والدَّارُ مَقبوضةٌ أو غيرُ مَقبوضةٍ-: فالقَول قَولُ البائعِ في الثَّمَنِ. وهذا يُشيرُ إلى أنَّه لا فَرقَ بين أن يَكونَ في يده أو لم يَكُن.

وإن كان قَبَض الثَّمَنَ: أَخَذ الشَّفيعُ بما قاله المُشتَري، ولم يُلتَفَت إلى قَول البائِع؛ لأنه لا يَنفُذُ قَولُ الغيرِ على الغيرِ إلا بوِلايةٍ.

(إلا بوِلايةٍ) أي البائعُ لمَّا قَبَض الثَّمَنَ فقد انتَهى حُكمُ العَقدِ، وخَرَج من البَين[2]، وصار كالأجنبيِّ، فلا يَنفُذُ.

وإذا حَطَّ البائِعُ عن المُشتَري بعضَ الثَّمَن: يَسقُطُ ذلك عن الشَّفيع؛ لأن الحَطَّ

=مع الموكل كل واحدة منهما ملزمة؛ فلهذا صرنا إلى الترجيح بالزيادة، وفي مسألة المشتري مع العبد من العدو ويقول على هذه الطريقة: البينة بينة المولى القديم؛ لأنها ملزمة، وبينة المشتري غير ملزمة. «المبسوط» ١٤/ ١٠١.

(١) فالأكثر إثباتًا هي التي تقبل.

(٢) في (هـ): وخرج بأصل العقد من البين، وفي (ز): وخرج هو من الدين.

التَحق بأَصل العَقد[1].

وإن حَطَّ جميعَ الثَّمَن: لم يَسقُط عن الشَّفيع شيءٌ؛ لأنه لا يُتَصَوَّر التِحاقُه بأَصل العَقد؛ لأنه يُبطِلُ البيعَ: فيكون هذا إبراءً عن الدَّين.

وإذا زاد المُشتَري البائِعَ في الثَّمَن: لم تَلزَم الشَّفيعَ الزِّيادةُ؛ لأن العَقدَ الأوَّلَ كافٍ؛ لثُبوت حقِّ الشَّفيع.

قَولُه: (لأَنَّه لا يُتصوَّرُ التِحاقُه بأصل العَقدِ) لأنَّه لو التَحق بأصل العَقدِ: فإمَّا أن يَصيرَ العَقدُ هَبةً، ولا شُفعةَ في الهِبة، أو يَصيرَ بَيعًا بغير ثَمَنٍ، فيَكونُ فاسِدًا، ولا شُفعةَ في البَيع الفاسِدِ[2]، بخِلاف حَطِّ البَعضِ؛ لأنَّ العَقدَ الأوَّلَ كافٍ.

بَيانُه: أنَّه بالزِّيادة يَتغيَّرُ الثَّمَنِ، وبتَغيُّرِ الثَّمَنِ يَتغيَّرُ العَقدُ، وصار كأَنَّه جَرى بينَهما عَقدانِ.

ولو كان ذلك حَقيقةً -بأن جَدَّدا بَيعًا مع البائع بأكثَرَ من الثَّمَن الأوَّلِ-: لم يَلزَم الشَّفيعَ، حتى كان له أن يَأخُذَها بالثَّمَن الأوَّلِ.

وإذا اجتَمَع الشُّفَعاءُ: فالشُّفعةُ بينهم على عَدَد رؤوسِهم، ولا يُعتبَر اختِلافُ الأَملاك عندنا.

وعند الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن الشُّفعةَ على مَقادير الأَنصِباء؛ لأنه من حُقوق المِلك، فيَتَقَدَّرُ بقَدْره، كالغَلَّة والثَّمَرة.

قَولُه: (وإذا اجتَمَع الشُّفعاءُ...) إلى آخِره: صُورَتُه: دارٌ بين ثَلاثةٍ، لواحِدٍ نِصفُها،

---

(١) في (أ): يسقط عن الشفيع لأن البائع له ولاية الحط.

(٢) في (و): القدر.

ولآخَرَ ثُلُثُها، ولآخَرَ سُدُسُها، فباع صاحِبُ النِّصفِ نِصفَه، فإنَّه يُقسَم بين الشَّريكَين عندنا نصفَين. وعند الشافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أثلاثًا.

وهذا بِناءً على أنَّه جَعَل الشُّفعةَ من مَرافِق المِلكِ وحُقوقِه، فيَتقدَّرُ بقَدْره، كالوَلَد، والثَّمرةِ، والرِّبحِ[1].

لنا: أنه لدَفع الضَّرَر، والكُلُّ في الافتِقار إلى دَفع الضَّرَرِ سَواءٌ.

ولنا: أنَّ سَبَبَ الشُّفعةِ الاتِّصالُ، والحِكمةُ: دَفعُ الضَّرَرُ، وقد استَوَوا[2] في سَبَب الاستِحقاقِ ودَفعِ الضَّرَرِ، فيَستَويان في الاستِحقاق.

وهذا لأنَّ عِلَّةَ الاستِحقاقِ نَفسُ الاتِّصالِ في المِلك، ألا ترى أنَّ صاحِبَ الكَثيرِ لو باع حِصَّتَه: كان لصاحِب القَليلِ أن يَأخُذَ كلَّه، كما لو باع صاحِبُ القَليلِ، وكَثرةُ الاتِّصالِ تُشعِرُ بكَثرة العِلَّةِ، والتَّرجيحُ بقُوَّةٍ في الدَّليل لا بكَثرته، كما عُرِف في الجِراحات وإقامةِ[3] الشُّهودِ[4].

وماذكَره لا يَصِحُّ[5]؛ لأنَّه جَعَل حُكمَ العِلَّةِ مُتولِّدًا من العِلَّة، ومُنقَسِمًا على أجزائها.

وإذا اشتَرى دارًا بعَرْضٍ[6]: أَخَذها الشَّفيعُ بقيمَته؛ لأنه وَجَب عليه عِوَضٌ وتَعَذَّر تَسليمُه، فيَجِبُ القيمة.

---

(١) أي إن ولدت الامة أو أثمر الشجر أو ربحت السلعة، كل ذلك من مرافق الملك عنده.

(٢) في (ز): استويا.

(٣) في (و): فإقامة.

(٤) فالعبرة في الشهادات لعدالة الشهود لا لكثرتهم مع فقدان العدالة.

(٥) في (و): لا يصلح.

(٦) في (ب): بعوض، وفي نسخة على هامشها: بعروض.

وإذا اشتَرى دارًا بمَكيلٍ أو مَوزونٍ: أَخَذها بمِثله؛ لأنه مِثلِيٌّ، فيَجِبُ عليه المِثلِيُّ.

وإذا باع عَقارًا بعَقارٍ: أخَذَهما الشَّفيعُ بقيمَتهما.

الشَّفيعُ إنَّما يَتمَلَّكُ بمِثل ما يَملِكُ به المُشتَري، صُورةً ومَعنًى، كما ذُكِر في المِثليّات، أو معنًى لا صُورةً، كما في ذَوات القِيَمِ، والعَرْضُ ممَّا لا مِثلَ له، فيَجِبُ القيمةُ، ولئن كان بَيعَ الشَّيءِ بالقيمة: فهو[1] في حالة البَقاءِ، كما لو استُحِقَّ أحَدُ العَبدَين: لا يَفسُدُ البيعُ في الباقي، وإن كان هذا بَيعًا بالحِصَّة.

ويُعتبَرُ قيمةُ ذلك الشَّيءِ وقتَ الشِّراءِ، لا وَقتَ الأخذِ.

قَولُه: (أخذهما الشَّفيعُ بقيمَتهما) أي يَأخُذُ شفيعُ كلِّ واحِدةٍ منهما مَشفوعَه بقيمة الآخَرِ[2].

وإذا بَلَغ الشَّفيعَ أنها بيعت بألفٍ، فسَلَّم الشُّفعة، ثم عَلِم أنَّها بيعت بأقَلَّ من ذلك، أو بحِنطةٍ أو شَعيرٍ قيمَتُهما ألفٌ أو أكثَرُ: فتَسليمُه باطِلٌ، وله الشُّفعة؛ لأن الرِّضا بتَركها بأكثَر الأثمانِ أو بجِنسٍ آخَرَ لا يَدُلُّ على الرِّضا بتَركها بجِنسٍ آخَرَ أو بالأقَلِّ، حتى لو كان الثَّمَنُ دَنانيرَ قيمتُها ألفُ دِرهَمٍ: لا شُفعةَ له؛ لأنهما جِنسٌ واحِدٌ معنًى.

وإذا قيل له: (إن المُشتَريَ فُلانٌ فسَلِّمها)، ثم عَلِم أنه غيرُه: فله الشُّفعةُ؛ لأن إسقاطَ حَقِّه لحُرمة فُلانٍ، ولم توجد.

الأصلُ أنَّ الإنسانَ قد يَتيسَّرُ عليه تَحصيلُ جِنسٍ دون جِنسٍ، وقد يَرغَبُ في

(١) في (و): فهو جائز.

(٢) لأنه بدله وهو [من] ذوات القيم فيأخذه بقيمته. «الهداية» ٤/ ٣١٥.

شِراء شيءٍ عند قِلَّةِ الثَّمَنِ دون كَثرَتِه، فكان هذا التَّقييدُ مُفيدًا، فكأنَّه قال: (سَلَّمتُ إن كان الثَّمَنُ كذا، وإن كان المُشتَرِي كذا) فإذا تبيَّن بخِلافه: فهو على شُفعَته.

قَولُه: (لأَنَّهما جِنسٌ واحِدٌ مَعنًى) ولا يقال: إنَّ التَّفاضُلَ يَحِلُّ[1] بينهما، فيَكونان جِنسَين: لأَنَّهما جِنسان صُورةً، جِنسٌ واحِدٌ معنًى، والمَقصودُ هو المالِيَّةُ والثَّمنيَّةُ، ومُبادَلةُ أَحَدِ النَّقدَين بالآخَر يَتيسَّرُ عادةً، فلا يَتقيَّدُ بِرضاه بالصُّورة، وإنّما يَتقيَّدُ بالمَعنى، وهو مِقدارُ المالِيَّةِ، فيَكونُ تَسليمُه صَحيحًا، إلا إذا كانت مالِيَّةُ الثَّمَنِ أَقَلَّ مِمَّا أُخبِر به.

وهذا لأنَّ مَن لا يَرغَبُ في شِراء الشَّيءِ بألف دِرهَمٍ لا يَرغَبُ في شِرائه أيضًا بمِائة دِينارٍ قيمَتُها ألفُ دِرهَمٍ، وما لا يَكونُ مُقيَّدًا -من التَّقييد- لا يُعتبَرُ.

ومن اشتَرى دارًا لغيره فهو الخَصمُ للشَّفيع؛ لأن حُقوقَ العَقدِ تَرجِعُ إلى العاقِد، لا إلى من عُقِد له، إلا أن يُسَلِّمها إلى المُوَكِّل.

قَولُه: (اشتَرى دارًا لغَيره) أي بطَريق الوَكالةِ.

والأصلُ أنَّ كلَّ من باشَر السَّبَبَ فهو الفائِزُ في الحُكم، وهذا هو الأمرُ الأَوَّليُّ، ثم الوَكيلُ هو المُباشِرُ، حتى يُضيفُ إلى نَفسه فيَقولُ: بِعتُ، واشتَريتُ، ولا يقول: اشتَريتُ لفُلانٍ، ويَثبُتُ المِلكُ له أوَّلًا، إلى غير ذلك من الأحكام.

(إلا أن يُسلِّمَها إلى المُوكِّل) لأنَّه لم يَبقَ له يَدٌ ولا مِلكٌ، فيَكونُ الخَصمُ هو المُوكِّلَ.

---

(١) في (و): يجوز.

فصلٌ «في بيان الحيل التي تبطل بها الشُّفعة»

فصل

ولو باع دارًا إلا مِقدارَ ذِراعٍ في طول الحَدِّ الذي يَلي الشَّفيع: فلا شُفعةَ له؛ لعَدَم الجَواز.

وإن ابتاع منها سَهمًا بثَمَنٍ ثم ابتاع بقيَّتَها: فالشُّفعةُ للجار في السَّهم الأَوَّلِ دون الثاني، لا في الباقي؛ لأنه شَريكٌ، والشَّريكُ أَولى من الجار.

وإذا ابتاع بثَمَنٍ ثم دَفَع إليه ثَوبًا عِوَضًا عنه: فالشُّفعةُ بالثَّمَن دون الثَّوب.

(فالشُّفعةُ للجار في السَّهم الأَوَّلِ) لوُجود السَّبَبِ بلا مُزاحِمٍ، وهو الجِوارُ.

قَولُه: (لأَنَّه شَريكٌ) أي لأنَّ المُشتَرِيَ شَريكٌ فيه، والشَّفيعَ جارٌ[1]، والشَّريكُ أَولى.

وتَأويلُ المَسألةِ: إذا بَلَغه بَيعُ سَهمٍ منها، فرَدَّه، أمَّا إذا بَلَغه البَيعان: فله الشُّفعةُ فيهما.

وهاتان المَسأَلَتان تَصلُحان حِيلةً لمن أرادها، فلذلك ذَكَر بعدَهما حُكمَ الحِيلةِ.

---

(١) التعليل بقوله: لأن الشفيع جارٌ فيها إلا أن المشتري في الثاني شريك فيقدم عليه: يقتضي الإطلاق، وعلى هذا عبارة عامة الكتب «كفاية». «رد المحتار» ٦/ ٢٤٣.

وهي: ما يُتلَطَّف بها لدَفع المَكروهِ أو لجَلب المَحبوبِ، وإنَّها اسمٌ من الاحتِيال.

ولا يُكرَهُ الحيلةُ في إسقاط الشُّفعةِ عند أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنه يُبَقّي مِلكَ نفسِه، وكذا في الزَّكاة.

وقال محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُكرَه؛ لأنه إضرارٌ بالغَير، وهو الأصَحّ.

والاختِلافُ[1] في الاحتِيال قبل الثُّبوتِ، أمَّا بعد الثُّبوتِ فتُكرَه الحِيلةُ بالاتِّفاق، كذا ذُكِر في غير مَوضِعٍ[2].

قَولُه: (لأنَّه يُبَقِّي مِلكَ نَفسِه) إذا كان بعد الثُّبوتِ، أو البائعِ إذا كان قبل الثُّبوتِ.

والظَّاهِرُ أنَّ البائعَ هو المُرادُ؛ لِما ذَكَرنا.

والحِيلةُ في الزَّكاة: أن يَبيعَ المالَ بشيءٍ خَسيسٍ عند تَمامِ الحَولِ، أو وَهَب لوَلَده[3].

(١) في (و): والخلاف.

(٢) قال في «الكافي» ٩/ ١٣٢: ثم الحِيلةُ لِإبطال الشُّفعةِ لا شكَّ أنه مَكروهٌ، وذلك أن يَقولَ المُشتَري للشَّفيع: (أنا أبيعُها منك بما أخَذتَ، فلا فائِدةَ لك في الأخذ بالشُّفعة)، فقال الشَّفيعُ: (نعم): تَسقُطُ الشُّفعةُ.

وأما الحِيلةُ لئلا تَجِبَ الشُّفعةُ.. فعندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا تُكرَهُ؛ لأنه يَحتالُ لدَفع الضَّرَرِ عن نَفسه؛ لأن في تَملُّك الدّارِ عليه بغَير رِضاه ضرَرًا عليه، والحِيلةُ لدَفع الضَّرَرِ عن نَفسه مَشروعٌ، وإن كان الغيرُ يَتضرَّرُ في ضِمنه.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُكرَهُ؛ لأن الشُّفعةَ إنما وَجَبت لدَفع الضَّرَرِ، وفي إباحة الحِيلةِ إبقاءُ الضَّرَرِ، فيُكرَهُ.

(٣) اعلم أن المعتمد والمفتى به في مذهبنا عدم جواز الحيلة في إسقاط الزكاة وحرمة ذلك، وما نسب للإمام أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ ينبغي أن يفهم مع عموم تقريراته في هذه المواضع، فمن ذلك ما=

وإذا بَنى المُشتَري أو غَرَس ثم قُضِي للشَّفيع بالشُّفعة: فهو بالخِيار، إن شاء أَخَذها بالثَّمن وقيمةِ البِناء والغِرسِ مَقلوعًا تَبَعًا للعَرْصة، وإن شاء كَلَّف المُشتَرِيَ قَلعَه؛ لأنه مَلَك العَرْصةَ بالأَخذ بالشُّفعة فله الخِيارُ.

قَولُه: (بقيمة البِناء والغِرسِ) ذَكَر في «الهِداية»: أنَّه يُعتبَرُ قيمةُ البِناء والغَرسِ مَقلوعًا، كما مَرَّ في الغَصب.

(فله الخِيارُ) أي فله الخِيارُ في تَملُّك البِناءِ، كما لو غَصَب ثَوبًا أبيَضَ، فصبَغه أحمرَ، كما مَرَّ في الغَصب.

وإذا أَخَذ الشَّفيعُ وبَنى وغَرَس ثم استُحِقَّت: يَرجِعُ بالثَّمَن، ولا يَرجِعُ بقيمة البِناءِ والغِرس؛ لأن البائِعَ والمُشتَرِيَ لم يَضمَنا له سَلامَتَه دَلالةً؛ لأنه أَخَذهما[1] بغير رِضًا منهما[2].

=ذكره في كتابه «الخراج» ص٨٠، حيث قال: (لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر منعُ الصدقة، ولا إخراجُها من ملكه إلى مِلك جماعة غيره ليفرقها بذلك؛ فتبطل الصدقة عنها.. بأن يصير لكل واحد منهم من الإبل والبقر والغنم ما لا يجب فيه الصدقة. ولا يحتال في إبطال الصدقة بوجه ولا سبب).

فانظر كيف جعل الحيلة من مضادات الإيمان بالله واليوم الآخر، أفيعقل بعد هذا أن ينسب له تجويز الحيلة؟

وقال الخصاف في أول كتاب «الحيل»: لا بأس بالحيل فيما يحل ويجوز، وإنما الحيلة شيء يتخلص به الرجل من الحرام، ويخرج به إلى الحلال، فما كان من هذا ونحوه: فلا بأس به، وإنما يكره من ذلك أن يحتال الرجل في حقٍّ لرجل حتى يبطله، أو يحتال في باطل حتى يموهه، أو يحتال في شيء حتى يدخل فيه شبهة. اهـ. إتقاني. شلبي ٥/ ٢٦١.

(١) في (ب): أخذها.

(٢) في (ب): منها.

(ولا يَرجِعُ بقيمة البِناءِ والغِرسِ) أي لا يَرجِعُ على البائع إن أَخَذ منه، ولا على المُشتَري إن أَخَذها منه.

ويَدُلُّ عليه قَولَه: (لأنَّ البائِعَ والمُشتَرِيَ لم يَضمنا سَلامتَه دَلالةً).

وإذا انهَدَمت الدّار، أو احترَق بناؤُها، أو جَفَّ شَجَر البُستان.. بغير فِعل أحَدٍ: فالشَّفيعُ بالخِيار، إن شاء أخَذها بجَميع الثَّمَن، وإن شاء تَرَك؛ لأن هذه الأشياءَ أتباعٌ.

قَولُه: (لأنَّ هذه الأشياءَ أتباعٌ) ولهذا يَدخُل فِي البَيع من غير ذِكرٍ، وهذا لأنَّ قِوامَ البِناءِ بالأرض، كقِوام الوَصفِ[1] بالمَوصوف، ولهذا جَعَلنا الأطرافَ بمَنزلة الأوصافِ؛ لأنَّ قِوامَها بقِوام الأصلِ، والأوصافُ لا يُقابِلُها شيءٌ من الثَّمَن، ما لم يَصِر مَقصودًا.

بخِلاف[2] ما إذا نَقَض المُشتَري البِناءَ؛ لأنَّه صار مَقصودًا بالإتلاف، فيُقابِلُها شيءٌ من الثَّمَن، كما لو فَوَّت البائِعُ طَرَفَ المَبيعِ قبل التَّسليمِ، فإنَّه تَسقُطُ حِصَّتُه من الثَّمَن.

وإن نَقَض المُشتَري البِناءَ: قيل للشَّفيع: (إن شِئتَ فخُذ العَرْصةَ بحِصَّتها، وإن شِئت فدَع)؛ لأن البِناءَ مَضمونٌ على المُشتَري، فلا يَضمَن مَرَّتينِ.

قَولُه: (لأنَّ البِناءَ مَضمونٌ على المُشتَري، فلا يَضمَنُ مرَّتَينِ) أي المُشتَري قد ضَمِن البِناءَ مَرّةً، حتى سَقَط الثَّمَنُ بمُقابَلته، فلو ضَمِن الشَّفيعُ: لصار البِناءُ مَضمونًا مرَّتَين، مَرّةً على المُشتَري، ومَرّةً على الشَّفيع، وإنَّه لا يَجوزُ، كذا قاله شَيخُنا رَحِمَهُ اللهُ.

---

(١) في (و): الصفة.

(٢) في (و): الخلاف.

ويَحتَمِلُ أن يَكونَ مَعناهُ: أنَّ البِناءَ مَضمونٌ على المُشتَري بواسِطة الإتلافِ؛ لأَنَّه في نَفسه سَبَبٌ للضَّمان، لكنَّه سَقَط الضَّمانُ هنا؛ بِناءً على كَونه مَملوكًا له، فصار كالمُستَفيد به عِوَضًا من هذا الوَجه، فلو أَخَذه الشَّفيعُ بالثَّمَن: صار البِناءُ مَضمونًا مرَّتَين.

وليس للشَّفيع أَخذُ النِّقْض؛ لأنه مَنقولٌ بَطَلت تَبَعِيَّتُه للعَقار.

النِّقضُ: الحاصِلُ من النَّقض، وهو البِناءُ المَنقوضُ.

قَولُه: (لأَنَّه مَنقولٌ بَطَلَت تبعيَّتُه للعَقار) أي صار مَفصولًا عن الأرض، ولم يَبقَ تَبعًا، وهو في نَفسه مَنقولٌ، وإنَّما كان ثُبُوتُ[1] حَقُّ الشُّفعةِ فيه: لاتِّصاله بالأرض، ولم يَبقَ الاتِّصالُ.

ومَن ابتاع أَرضًا وعلى نَخلها ثَمَرٌ: أَخَذها الشَّفيعُ بثَمَرها تَبعًا.

(ومن ابتاع أرضًا وعلى نَخلها ثَمَرٌ) معنى المَسألةِ: إذا ذُكِر الثَّمَرُ في البَيع؛ لأنَّه لا يَدخُلُ من غير ذِكرٍ.

والثَّمَرُ بالثَّاء بثَلاثٍ من فَوقُ.

فإن جَذَّه المُشتَري: سَقَط عن الشَّفيع حِصَّتُه؛ لأنها مَضمونةٌ على المُشتَري بالأَخذ، فلا تُضمَنُ ثانِيًا.

وللشَّفيع الرَّدُّ بخِيارِ الرُّؤيةِ وخِيارِ العَيب، وإن كانَ المُشتَري شَرَط البَراءةَ منه؛ لأن شَرطَ المُشتَري لا يُلزِمُ غيرَه.

---

(١) في (و): ينوب، وفي (هـ) غير منقوطة.

(وللشَّفيعُ خِيارُ الرُّؤيةِ) أي إذا قُضِي للشَّفيع بالدّار ولم يَكُن رَآها: فله خِيارُ الرُّؤيةِ.

فإن وَجَد بها عَيبًا: فله أن يَرُدَّها؛ لأنَّ الأخذَ بالشُّفعة بمَنزلة الشِّراءِ، فتَثبُتُ فيه أحكامُه؛ لأنَّ شَرطَ المُشتَري لا يَلزَمُ غَيرَه؛ لأنَّه ليس بثابِتٍ عنه في الإسقاط، فلا يَملِكُ إسقاطَه.

وإذا ابتاع بثَمَنٍ مُؤجَّلٍ: فللشَّفيع الخِيارُ، إن شاء أَخَذها بثَمَنٍ حالٍّ، وإن شاء صَبَر حتى يَنقضيَ الأَجَلُ، ثم يَأخُذَها؛ لأن الأَجَل شَرطٌ زائِدٌ مع المُشتَري، فلا يَظهَرُ على الشَّفيع.

(وإن شاء صَبَر حتى يَنقضِيَ الأجَلُ) مُرادُه الصَّبرُ عن الأخذ، أما الطَّلَبُ: عليه في الحال، حتى لو سَكَت عنه: بَطَلت شُفعَتُه.

والحاصِلُ: أنَّ له الصَّبرَ عن طَلَب الخُصومةِ دون طَلَب المُواثَبةِ وطَلَبِ التَّقريرِ(١).

وإذا اقتَسَم الشُّركاءُ العَقارَ: فلا شُفعةَ لجارِهم بالقِسمة؛ لأن القِسمةَ ليست بمُعاوَضةٍ مُطلَقًا، ولأن الشَّريكَ أَولى بالقِسمة.

قَولُه: (ليست مُعاوَضةً مُطلَقًا) لأنَّها تَشمَلُ على جِهة الإفراز(٢) والمُبادَلةِ، ولهذا يَجري فيه جَبرُ القاضي، والشُّفعةُ شُرِعت بخِلاف القِياسِ بالمُبادَلات المُطلَقةِ، فلا تَثبُتُ في غيرها.

---

(١) كتب في حاشية (هـ): كذا قاله الشيخ الإمام بدر الدين.

(٢) في (و): الإقرار. وهو تصحيف.

وإذا اشتَرى دارًا فسَلَّم الشَّفيعُ الشُّفعةَ، ثم رَدَّها المُشتَري بخِيار الرُّؤيةِ، أو بخيار شَرطٍ، أو بعَيبٍ بقَضاءٍ: فلا شُفعةَ للشَّفيع؛ لأنه إبطالُ بَيعٍ لا بَيعٌ.

قَولُه[1]: (وإذا اشتَرى دارًا فسَلَّم الشَّفيعُ...) إلى آخِره.

هذه المَسألةُ مَبنيَّةٌ على أُصولٍ:

منها: أنَّه إذا عاد إلى قَديم مِلكِ البائعِ: لا تَتجَدَّدُ للشَّفيع الشُّفعةُ؛ لأنَّ حقَّه لم يَكُن ثابِتًا في قَديم مِلكِه، وإذا لم يَعُد إلى قَديم مِلكِه: كان هذا في مَعنى مِلكٍ حَدَث له بسَبَبٍ مُبتَدأٍ، فيَتجَدَّدُ له حَقُّ الشُّفعةِ.

والرَّدُّ بعد القَبض بالعَيب أو بالإقالة لهذه الصَّفقةِ، حتى لو كان مَوهوبًا: لا يَرجِعُ فيه الواهِبُ، بخِلاف الرَّدِّ بخِيار الشَّرطِ، والرُّؤيةِ، والعَيبِ قبل القَبضِ، أو بعدَه بقَضاء القاضي.

ومنها: أنَّ الإقالةَ والرَّدَّ بالعَيبِ بغير قَضاءٍ بمَنزلة البَيعِ المُبتَدأِ في حَقِّ غيرِهما؛ لأنَّه تَمَّ بتَراضيهما، ولَيست المُعاوَضةُ إلا هذا، غيرَ أنَّهما سَمَّياه فَسخًا، وقَصَداه، ولهما الوِلايةُ على أنفُسِهما، فكان فَسخًا في حَقِّهما.

ومنها: أنَّ الرَّدَّ بالعَيب بقَضاء القاضي فَسخٌ من كلِّ وَجهٍ؛ لأنَّ للقاضي وِلايةَ دَفعِ الضَّرَرِ بفَسخ العَقدِ الذي جَرى بينهما، لا[2] بإنشاء العَقدِ.

ومنها: أنَّ الرَّدَّ بالعَيب قبلَ القَبضِ فَسخٌ من كلِّ وَجهٍ، سَواءٌ كان بقَضاءٍ أو بغير قَضاءٍ؛ لأنَّ الرَّادَّ يَتفرَّدُ به، ولا يَحتاجُ إلى رِضا صاحبِه[3] أو قَضاءِ القاضي.

(١) من قوله: (قوله ليست معاوضة مطلقا) إلى هنا: مثبت من (و).

(٢) في (و): إلا.

(٣) في (و): نفسه.

إذا ثَبَت هذه الأصولُ فنقولُ:

لا فرقَ في الفَصل الأوَّلِ بين القَبضِ وعَدَمِه، أعني إذا رَدَّها بخِيار رُؤيةٍ، أو شَرطٍ، أو بعَيبٍ بقَضاء القاضي.

وفي الفَصل الثَّاني -وهو ما إذا رَدَّه بالعَيب بغَير القَضاءِ- مُرادُه: أن يَكونَ بعد القبضِ؛ لأنّ قَبلَه فَسخٌ من الأصل، وإن كان وُجِد بغَير قَضاءٍ، نَصَّ عليه في «المَبسوط».

فإن رَدّها بغير قَضاءٍ أو تَقايلا: فللشَّفيع حقُّ الشُّفعة؛ لأنَّ الإقالةَ بَيعٌ جَديدٌ فيما لا يَختَصُّ به أو بهما.

قَولُه: (لأنَّه بَيعٌ جَديدٌ فيما لا يَختَصُّ به أو بهما) أي الإقالةُ والرَّدُّ بالعَيب بغير قَضاءٍ فَسخٌ فيما يَختَصُّ بالعَقد، وهو المَبيعُ أو الثَّمَنُ، وبهما -أي البائِعِ والمُشتَري-، وبَيعٌ جَديدٌ فيما لا يَختَصُّ به أو بهما، وشَرحُ ذلك في مَسائِلَ:

منها: إذا باع مَكيلًا أو مَوزونًا ثم تَقايلا، أو رُدَّ عليه بالعَيب بغير قَضاءٍ: تَصِحُّ الإقالةُ والرَّدُّ بالعَيب، بدون إعادةِ الكَيل والوَزنِ، ولو كان بَيعًا: لَمَا جاز؛ لأنَّ الكَيلَ والوَزنَ يَختَصُّ به أو بهما.

ومنها: أنَّ خِيارَ الرُّؤيةِ لا يَثبُتُ في الإقالة والرَّدِّ بالعَيب؛ لأنَّه مُختَصٌّ بالعَقد، ولو كان بَيعًا: لثَبَت فيه خِيارُ الرُّؤيةِ.

ومنها: أنه إذا اشتَرى شيئًا ممَّا يُنقَلُ، ثم تَقايلا، أو رُدَّ عليه بخِيار عَيبٍ قبل القَبضِ: فإنَّه يَصِحُّ، ولو كان بَيعًا: لَمَا جاز؛ لأنَّ البَيعَ المَنقولَ قبل القَبضِ لا يَجوزُ.

فهذه المَسائِلُ تَدُلُّ على أنَّ الإقالةَ والرَّدَّ بالعَيب فَسخٌ فيما يَختَصُّ به أو بهما.

ومَسائلُ أُخرى تَدُلُّ على أنَّه بَيعٌ جَديدٌ فيما لا يَختَصُّ به، أو بهما:

منها: إذا اشتَرى عبدًا وقَبَضه، ثم تَقايلا، أو رُدَّ بعَيبٍ، فادَّعى ذلك العَبدَ إنسانٌ: لا تُقبَل شَهادةُ المُشتَري في تلك الدَّعوى، ولو كانت الإقالةُ فَسخًا: لقُبِلت شَهادَتُه؛ لأنَّ ذلك العَقدَ صار كأن لم يَكُن، إلا أنَّه بَيعٌ في حَقِّ الأجَلِ؛ لأنَّ الأجلَ غيرُ مُختَصٍّ بالعَقد.

ومنها: أنَّه إذا اشتَرى جارِيةً ثم تَقايَلا، أو رُدَّ عليه بعَيبٍ بعد القَبضِ: يَجِبُ الاستِبراءُ، ولو كان فَسخًا: لَمَا وَجَب.

وإذا ثَبَت هذا: فالشُّفعةُ غيرُ مُختَصَّةٍ به، ولا بهما، فتكونُ الإقالةُ والرَّدُّ بالعَيب بغير القَضاءِ بَيعًا جَديدًا في حَقِّ(1) الشُّفعةِ(2)، ولهذا فارَق خِيارَ الشَّرطِ، والرُّؤيةِ، والرَّدَّ بالعَيب بقَضاء؛ لأنَّ المُعاوَضةَ المُطلَقةَ غيرُ مَوجودةٍ ثَمَّ، وإليه أشار بقَوله: **(لأنَّه إبطالُ بَيعٍ لا بَيعٌ)**.

❁❁❁

القِسمةُ بَيعٌ لِما ذَكَرنا(3)، ولَما نَذكُرُ، فأُورِد(4) عَقيبَها، واللهُ أعلَمُ.

---

(1) سقطت من (ز).

(2) في (و): الشفيع.

(3) القسمة بيع معنًى، أي من حيث المعنى؛ لاشتمالها على الأفراد والمبادلة لا محالة. «البناية» ٧/ ١٣٩.

(4) أي كتاب القسمة.

كتابُ القِسمة

كتابُ القِسمة

القِسمةُ: اسمٌ من الاقتسام[1] لُغةً.

وفي الشَّريعة: عِبارةٌ عن جَمع النَّصيبِ الشَّائعِ في مَكانٍ مُعيَّنٍ.

والرُّكنُ في القِسمة: هو الفِعلُ الذي يَقَعُ به الإفرازُ، من الكيل في الكيليّات، والوزنِ في الموزونات، والعَدِّ في العَدَديّات، والذَّرعِ في الذَّرعيّات.

وشَرطُ جَوازِها على الخُصوص: أن لا تَتبَدَّلَ مَنفَعَتُه بالقِسمة، ولا تَفوتَ؛ لأنَّ القِسمةَ لإفراز ما كان لكُلِّ واحِدٍ قبل القِسمةِ من المِلك والمَنفعةِ، وإنَّما يَتحقَّقُ هذا إذا بَقِي المُفرَزُ على ما كان قبل الإفرازِ، بأصله ومَنافِعِه، فأمّا إذا تَبدَّل شيءٌ ممّا ذَكَرنا: لا يَكونُ إفرازًا، بل يَكونُ تَبديلًا.

وحُكمُها: تَعيُّنُ نَصيبِ كلِّ واحِدٍ من نَصيب صاحِبه.

وثُبوتُها: بالكِتاب، وهو قَولُه تعالى: ﴿وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ ٱلْمَآءَ قِسْمَةٌۢ بَيْنَهُمْ﴾ [القمر:٢٨]،

---

(١) في (و) و(ز): الإقسام. وهو خطأ ظاهر.

وشَريعةُ مَن قبلَنا تَلزمُنا إذا لم يَتعقَّبها النَّسخُ[1].

والسُّنةِ، فيها غيرُ واحِدٍ[2].

واعلَم أنَّ القِسمةَ تَشتَمِلُ على الإفراز والمُبادَلةِ؛ لأنَّ ما يَأخُذُ كلُّ واحِدٍ منهما نِصفُه[3] مِلكُه حَقيقةً، ولم يُستَفَد من جِهة صاحبِه، فيَكونُ إفرازًا، والنِّصفُ الآخَرُ مِلكُ صاحبِه، وقد تَملَّك من جِهته[4] بإزاء ما تَرَكَ على صاحبه من حَقِّه، فكان مُبادَلةً.

وجِهةُ الإفرازِ راجِحةٌ في المِثليّات؛ لأنَّ أحدَهما يَقدِرُ أن يَأخُذَ نَصيبَه حالَ غَيبةِ صاحبِه، ولو كانت مُعاوَضةً: لَمَا قَدَر بانفِراده؛ لعَدَم شَرطِها، وهو الرِّضا، ولأنَّ

(١) قال الإمام السرخسي رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَىٰ في «أصوله» ٢/ ٩٩: وأصح الأقاويل عندنا: أن ما ثبت بكتاب الله أنه كان شريعة من قبلنا أو ببيان من رسول الله صَلَّىٰ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: فإن علينا العمل به على أنه شريعة لنبينا عَلَيْهِ السَّلَامُ، ما لم يظهر ناسخه، فأما ما علم بنقل دليل موجب للعلم على أنهم حرفوا الكتب: فلا يعتبر نقلهم في ذلك؛ لتوهم أن المنقول من جملة ما حرفوا، ولا يعتبر فهم المسلمين ذلك مما في أيديهم من الكتب؛ لجواز أن يكون ذلك من جملة ما غيروا وبدلوا.

والدليل على أن المذهب هذا: أن محمدًا قد استدل في كتاب الشرب على جواز القسمة بطريق المهايأة في الشرب بقوله تعالى: ﴿وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ ٱلْمَآءَ قِسْمَةٌۢ بَيْنَهُمْ﴾، وبقوله تعالى ﴿هَٰذِهِۦ نَاقَةٌ لَّهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ﴾، وإنما أخبر الله تعالى ذلك عن صالح عَلَيْهِ السَّلَامُ، ومعلوم أنه ما استدل به إلا بعد اعتقاده بقاء ذلك الحكم شريعةً لنبينا عَلَيْهِ السَّلَامُ... إلخ بتصرف يسير.

(٢) قال في «الكافي» ٩/ ١٥٩: باشَرها النَّبيُّ صَلَّىٰ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في الغَنائِم والْمَوارِيثِ. انتهى.

وقلت في التعليق ثمة: قسمته صَلَّىٰ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ للغنائم مر في كتاب السِّير كما قال العيني في «البناية» ١١/ ٣٩٨، ومن ذلك ما رواه البخاري (٣١٣٦)، وقسمته صَلَّىٰ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في المواريث سيأتي في الفرائض، ومنه حديث البخاري (٦٧٣٦).

(٣) في (و): بصفة.

(٤) في (و): جهة.

التَّفاوُتَ بين أبعاضِ المَكيلات والمَوزونات مَعدومٌ، فجُعِل ما يُصيبُ[1] كلَّ واحِدٍ منهما كأنَّه كان ذلك له في الابتِداء.

وجِهةُ المُبادَلةِ راجِحةٌ في غير المِثليّات؛ لأنَّ أحدَهما لا يَقدِرُ أن يَأخُذَ نَصيبَه عند غَيبةِ الآخَرِ، والتَّفاوُتُ بين الأبعاض[2] والأجزاءِ مَوجودٌ، فلا يُمكِنُ أن يُجعَلَ كأنَّه أَخَذ حَقَّه.

يَنبغي للإمام أن يَنصِبَ قاسِمًا يَرزُقُه من بيت المال، ليَقسِم بين النّاسِ بغَير أَجرٍ؛ لأن مَنفَعَتَه لعامّة النّاس[3].

قَولُه: (لأنَّ[4] مَنفعتَه لعامَّة النَّاسِ) فتكونُ كِفايَتُه في مالهم؛ لأنَّ الغُرمَ بالغُنم.

فإن لم يَفعَل: نَصَب قاسِمًا يَقسِمُ بأَجرٍ؛ لأن القِسمةَ فَصلٌ للخُصومة، فإذن هو قَضاءٌ من هذا الوَجه، وأَمرٌ حِسِّيٌّ[5] فإذن هو كسائر الأَعمال الحِسِّيَّة، فالأَولى أن لا يَأخُذَ أجرًا، ولو أَخَذ يَجوز.

(فإن لم يَفعَل) أي لم يَجعَل رِزقَه في بَيت المالِ.

(نَصَب قاسِمًا يَقسِمُ بأجرٍ) على المُتقاسِمِينَ.

القِسمةُ تُشبِهُ القَضاءَ من حيث إنَّه قَطعُ الخُصومةِ، ويَتِمُّ به قَطعُ المُنازَعةِ، وتُشبِهُ سائرَ الأعمالِ من حيث إنَّه أمرٌ حِسِّيٌّ، إذ القَضاءُ ليس بأمرٍ حِسِّيٍّ، بل هو أمرٌ شَرعِيٌّ،

(١) في (ز): فجعل نصيب.

(٢) في (ز): الأعضاء.

(٣) في (أ): المسلمين.

(٤) في (هـ): فتكون.

(٥) في (د): حسن.

فمن حيث إنَّه قَضاءٌ: يَحرُمُ له أخذُ الأُجرةِ، ومن حيث إنَّه كسائر الأعمالِ الحِسِّيّةِ المُباحةِ: يَجوزُ أخذُ الأُجرةِ فيه[1]، فعَمِلنا بالشَّبَهَين، وقُلنا بأنَّه يَجوزُ ولا يُستَحَبُّ.

وفي بعض النُّسَخِ: (إنَّه[2] أمرٌ حَسَنٌ) أي إنَّه أمرٌ حَسَنٌ يَجوزُ أخذُ الأُجرةِ عليه، كالخِياطة وغيرِها، وليس بمَفروضٍ ولا مَحظورٍ، فإنَّ أخذَ الأُجرةِ عليها[3] لا يَجوزُ، كتَعليم القُرآنِ[4]، والغِناءِ، والنَّوحِ[5].

ويَجبُ أن يكونَ عَدلًا، مَأمونًا، عالِمًا بالقِسمة.

قَولُه: (ويَجِبُ أن يكونَ عَدلًا، مَأمونًا، عالِمًا بالقِسمة) لأنَّه لا بُدَّ من القُدرة، وهي بالعِلم، ومن الاعتِماد على قَوله، وذلك بالعَدالة والأمانةِ.

ولا يُجبِرُ القاضي النّاسَ على قاسِمٍ واحِدٍ؛ لأنه يَلحَقُهم الضَّرَرُ.

ولا يَترُكُ القُسّامَ يَشتَرِكون؛ لأنهم يَتصالَحونَ على مُغالاة الأَجر، فيُؤَدّي إلى الضَّرَرِ بالنّاس.

---

(١) في (ز): عليه، والمثبت من (و).

(٢) في (و): وإنه.

(٣) أي على الفرائض والمحظورات.

(٤) قال في «الكنز والرمز»: (والفَتوى اليومَ على جَواز الاستِئجارِ لتَعليم القُرآنِ) وهو مَذهَبُ الْمُتأخِّرين من مَشايخ بَلْخ، استَحسَنوا ذلك لظُهور التَّواني في الأُمور الدِّينيّةِ، وكَسَلِ النّاسِ في الاحتِساب، وكذا يَجوزُ على الإمامة في هذا اليومِ؛ لأن الأئمّةَ كانَت لهم عَطيّاتٌ في بَيت المالِ، وانقَطَعت اليومَ بسَبَب استيلاءِ الظَّلَمةِ عليها.

(٥) ولا يَجوزُ الاستِئجارُ على الغِناء والنَّوحِ وسائِرِ الْمَلاهِي، كالْمِزمار والطَّبل؛ لأن الاستِئجارَ على الْمَعصِية باطِلٌ؛ وهذا لأن بعَقد الإجارةِ يُستحَقُّ تَسليمُ الْمَعقودِ عليه شرعًا، ولا يَجوزُ أن يُستحَقَّ على الْمَرء شيءٌ يَكونُ عاصِيًا به شرعًا. «الكافي» ٨/ ٢٩٦.

(ولا يُجبِرُ القاضي النَّاسَ على قاسِمٍ واحِدٍ) مَعناهُ: لا يُجبِرُهم على أن يَستأجِروه؛ لأنَّه لو تَعيَّن لتَحكَّمَ بالزِّيادة على أجر مِثلِه: فيَلحَقُهم الضَّرَرُ.

وأُجرةُ القَسّامِ على عَدَدِ الرُّؤوسِ عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن تَمييزَ الأَقَلِّ من الأكثَر كتَمييز الأَكثَرِ من الأَقَلِّ في المَشَقّة.

قَولُه: (لأنَّ تَمييزَ الأقَلِّ من الأكثر كتَمييز الأكثَرِ من الأقَلِّ) أي المَعقودُ عليه هو التَّمييزُ، ولا تَفاوُتَ في ذلك بينهم؛ لأنَّه كما يتميَّزُ نَصيبُ صاحِبِ الكَثيرِ بعَمَله عن نَصيب صاحِبِ القَليلِ[1]: يَتمَيَّزُ نَصيبُ صاحِبِ القَليلِ عن نَصيب صاحِبِ الكثيرِ، وربَّما يَكونُ عمَلُه في نَصيب صاحبِ القَليلِ أكثَرَ؛ لأنَّ الحِسابَ يَدِقُّ بتَفاوت الأنصباءِ، ويَزدادُ دِقّةً بِقِلّة بعضِ الأنصباء، فلعلَّ تَمييزَ صاحِبِ القَليلِ أَشَقُّ، وقد يَنعَكِسُ الأمرُ، فلا يُعتبَرُ ذلك، لَمّا تعارَض الوَجهان[2]: فيُعتبَرُ نفسُ التَّمييزِ، وهما في ذلك على السَّواء.

وقالا: على قَدْرِ الأَنصِباء؛ لأنه من حُقوق المِلك.

والأَصَحُّ ما قال أبو حنيفة.

(لأنَّه من حُقوق المِلكِ) أي الأجرةُ مُؤنةٌ تَلحَقُ الشُّركاءَ بسَبَب المِلكِ، فيَتقدَّرُ بقَدره، كنَفَقة المَملوكِ المُشتَرَكِ؛ لأنَّ الغُنمَ بالغُرم، والغُنمُ بين الشُّركاءِ على قَدر المِلك، فكذا الغُرمُ عليهم بقَدْرِه.

وإذا حَضَر الشُّرَكاءُ عند القاضي، وفي أَيديهم دارٌ أو ضَيعةٌ ادَّعَوا أنهم وَرِثوها

---

(١) في (و): نصيب صاحبه الأقل.

(٢) في (ز): الجهتان.

عن فُلانٍ: لم يَقسِمها القاضي عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، حتى يُقيمَ البيِّنةَ على مَوته وعَدَدِ وَرَثتِه، فلعَلّه لم يَمُت، أو له وارِثٌ آخَرُ، فيَحتاجُ القاضي إلى نَقْض قَضائه.

قَولُه: (فلعَلَّه لم يَمُت، أو له وارِثٌ آخَرُ...) إلى آخِره: أي إنَّه لا يَتمكَّنُ من القَضاء بالقِسمة حتى يَقضِيَ بمَوت المُورِّثِ، ولا يَتمكَّنُ بالقَضاء بقولِهم؛ لأنَّ قَولَهم ليس بحُجَّةٍ في ذلك[1]؛ لأنَّه تَعلَّق بمَوته أحكامٌ، كوقوع الفُرقةِ بينه وبين زَوجَتِه، وعِتقِ أُمَّهاتِ أولادِه ومُدبَّرتِه، وحُلولِ آجالِه، وذلك أمرٌ وراءَ ما في أيديهم، فلا يَكونُ قَولُهم في ذلك حُجَّةً، فيُكلِّفُهم إقامةَ البَيِّنةِ على ذلك.

وتُقبَل هذه البَيِّنةُ من غير خَصمٍ؛ لأنَّها تَقومُ لإثبات[2] وِلايةِ النَّظَرِ في حَقِّ من هو عاجِزٌ عن النَّظَرِ لنَفسه، فصار كرَجُلٍ قال للقاضي: (إنَّ هذه دابّةَ فُلانٍ عندي وَديعةٌ، فاقضِ لها بالنَّفَقة)، لم يَجِب على القاضي الإجابةُ له حتى يُقيمَ البَيِّنةَ على ذلك، ولئن جُعِل القاضي خَصمًا هناك: فلنَجعَله خَصمًا ههنا.

وعندهما: يَقسِمُ باعتِرافِهم، ويَذكُرُ في كتاب القِسمةِ أنه قَسَمها بقَولهم؛ لأنه إذا فَعَل كذلك يَزولُ اللَّبسُ.

(وعندهما[3]: يَقسِمُ باعتِرافهم) لأنَّ اليدَ دَليلُ المِلكِ، والإقرارَ أمارةٌ على الصِّدق، فيَثبُتُ المِلكُ لهم بقَولهم، ولا حاجةَ لهم إلى إثبات المِلكِ بالبَيِّنة؛ لأنَّه لا مُنازِعَ لهم.

---

(١) فإنهم يدعون الاستحقاق.

(٢) في (و): لإيثار.

(٣) في (و): وعندنا.

وإذا ثَبَت المِلكُ لهم: فقد سَألوا القاضيَ أن يَقسِمَ بينهم مِلكَهم، فعَليه أن يُجيبَهم إلى ذلك، كما لو ادَّعَوا المِلكَ مُطلَقًا، ولم يَذكروا ميراثًا ولا غيرَه.

(ويَذكُرُ في كِتاب القِسمةِ) أي القاضي يَذكُرُ في صَكِّ القِسمةِ أنَّه قَسَمها بإقرارهم؛ ليَقتَصِرَ القَضاءُ عليهم، ولا يَتعَدَّاهم.

وهذا لأنَّه متى كانت القِسمةُ بالبيِّنة: يَتعدَّى عنهم، ولا تُقصَر عليهم؛ لأنَّ البيِّنةَ حُجَّةٌ في حَقِّ النَّاسِ كافَّةً، حتى[1] لو ادَّعى واحِدٌ على المَيْت: لا يُحتاجُ إلى إقامة البيِّنةِ على موته، ولو ادَّعى أمُّ وَلَدِه أو مُدبَّره العَتقَ: فالقاضي يَقضي بالعَتق، ولا يُكلِّفُهما إقامةَ البيِّنةِ، فيُحتاجُ إلى إزالة اللَّبس أنَّه قَسَم بالإقرار لا بالبيِّنة، وهذا مَعنى قَولِه: (لأنَّه إذا فَعَل كذلك يَزولُ اللَّبسُ).

وإن كان المالُ المُشتَرَكُ ما سِوى العِقارِ، وادَّعَوا أنه مِيراثٌ: قَسَمه بالاتِّفاق باعتِرافهم؛ لأن غيرَ العَقارِ غيرُ مَحفوظٍ، فيُقسَمُ كي لا يَضيعَ.

قَولُه: (لأنَّ غيرَ العَقارِ غيرُ مَحفوظٍ) لأنَّه بعَرَض التَّوى والتَّلَفِ، وفي القِسمة تَحصينٌ وحِفظٌ لها، وهذا لأنَّ القِسمةَ في المَنقول نَوعان:

قِسمةُ تَحصينٍ وحِفظٍ على المَيْت، وقِسمةُ إزالةِ مِلكِ المَيْت، فمتى لم يَثبُت المَوتُ عند القاضي مُعايَنةً أو بالبيِّنة: يَقسِم العُروضَ بينهم؛ تَحصينًا على المَيْت، حتى لو ظَهَر له غَريمٌ: يقضي.

وهذا الحِفظُ يَحصُلُ بالقِسمة، وهذا لأنَّ المَنقولَ مَضمونٌ على من وَقَع في يده، وقبلَها يَكونُ أمانةً، ومتى ثَبَت بالبيِّنة: كانت القِسمةُ للأمرَين، وقِسمةُ العَقارِ غير

---

(١) في (هـ): كما.

مُتنوِّعةٍ؛ لأنَّها مُحصَّنةٌ بنَفسِها.

ولو ادَّعوا في العَقار أنهم اشتَرَوه: قَسَمه بينهم؛ لأنهم لم يُقِرّوا لأَحَدٍ فيه بحَقٍّ، بخِلاف الإرث؛ لأنهم أقَرّوا للمُوَرِّث.

قَولُه: (لأنَّهم لم يُقِرُّوا لأحَدٍ فيه بحَقٍّ) لأنَّ بعد البَيعِ والتَّسليمِ لا يَبقى المَبيعُ[1] على حُكم مِلكِ البائعِ، ألا ترى أن ما يَحدُثُ من الزَّوائدِ يَحدُثُ في مِلكه من كُلِّ وَجهٍ، لا في حُكم مِلك البائعِ! وإذا كان كذلك: لم تَكُن القِسمةُ قَطعًا لمِلك البائعِ، حتى يَمتَنِعُ القَضاءُ بالقِسمة.

(بخِلاف الميراثِ) لأنَّ التَّرِكةَ مُبقَّاةٌ على مِلك المَيْتِ قبل القِسمةِ، بدَليل أنَّ الزَّوائِدَ تَحدُثُ على مِلكه، حتى تَنفُذُ وَصاياه فيها، وتُقضى ديونُه منها، وبالقِسمة يَسقُطُ حَقُّ المَيْتِ عن التَّرِكة، لا يَثبُتُ حَقُّه فيما يَحدُثُ بعد ذلك من الزَّوائد، فكان هذا منه قَضاءً على المَيْت بقَطع حَقِّه، فلا بُدَّ من الحُجَّة.

وكذلك لو ذَكَروا المِلكَ ولم يَذكروا كيف انتَقَل إليهم: قَسَمها بينهم.

قَولُه: (قَسَمها بينهم) لأنَّه ليس في القِسمة هنا قَضاءٌ على الغير؛ فإنَّهم ما أقَرُّوا بالمِلك لغَيرهم[2].

وإن كان كلُّ واحِدٍ من الشُّرَكاء يَنتَفِعُ بنَصيبه: قَسَم بطَلَب أَحَدِهم؛ إخراجًا له من الضَّرَر الذي يَلحَقُه بالتَّهايُؤ.

(١) في (ز): المنتفع.

(٢) في (و): على غيرهم.

الضَّرَرُ الذي يَلحَقُه[1] بالتَّهايُؤ: هو أنَّ المَنفعةَ لا تَدومُ عند المُهايأةِ؛ لأنَّ التَّهايُؤَ جَمعُ المَنافعِ على التَّعاقُب، فيُحتاجُ إلى القِسمة؛ لاستِدامة المَنفعةِ.

وإن كان أحدهم يَنتَفِعُ والآخَرُ يَستَضِرُّ لِقِلّة نَصيبِه:

فإن طَلَب صاحِبُ الكَثير: قَسَم؛ لأنه طالِبُ تكميلَ مَنفعةِ مِلكه.

وإن طَلَب صاحِبُ القَليل: لم يَقسِم؛ لأنه مُتَعَنِّتٌ.

وإن كان كلُّ واحِدٍ منهما يَستَضِرُّ: لم يَقسِم إلا بتراضيهما؛ لأنه إضرارٌ بهما.

(وإن كان أحدُهم يَنتَفِعُ) أي لكَثرة نَصيبِه، ويُستَدَلُّ عليه بقَوله: (لِقِلَّة نَصيبِه)، وهذا كقَوله تعالى: ﴿أَصْلُهَا ثَابِتٌ وَفَرْعُهَا فِي ٱلسَّمَآءِ﴾ [إبراهيم:٢٤] ، أي أصلُها ثابِتٌ في الأرض، وفَرعُها ثابِتٌ في السَّماء، فيُستَدَلُّ بالخَبَر في الأوَّل على الخَبَر في الثَّاني، وبالظَّرف في الثَّاني على الظَّرف في الأوَّل، وكقَوله تعالى: ﴿أَهْلَكْنَٰهَا فَجَآءَهَا بَأْسُنَا بَيَٰتًا أَوْ هُمْ قَآئِلُونَ﴾ [الأعراف:٤] أي فجاءها بأسُنا بياتًا وهم نائِمون، أو نَهارًا وهم قائِلون، فيُستَدَلُّ بـ (بَياتًا) على نَهارًا، وبـ (قائِلون) على (نائمون)، ويُسَمَّى هذا: صِيغةَ الاكتفاء[2].

قَولُه: (لأنَّه طالِبُ تَكميلَ مَنفَعةِ مِلكِه) لأنَّه يَطلُبُ منه أن يَخُصَّه بالانتِفاع بمِلكه، ويَمنَعَ غيرَه من الانتِفاع بمِلكه، وهذا منه طَلَبُ الإنصافِ، فعلى القاضي أن يُجيبَه إلى ذلك، ولا يُعتبَر استِضرارُ الآخَرِ؛ لأنَّه يُريدُ أن يَنتَفِعَ بمِلك شَريكِه، وللإنسان أن

(١) في (و): يلحقهم.

(٢) في (هـ) و(ز): الالتفات.

ويقال له أيضًا: الاحتباك، والاحتباك: هو أن يحذف من الأوائل ما جاء نظيره أو مقابله في الأواخر، ويحذف من الأواخر ما جاء نظيره أو مقابلة في الأوائل. «البلاغة العربية» ٢/ ٥٤.

يَمنَعَ غيرَه من الانتِفاع بمِلكه.

بخِلاف صاحبِ القَليلِ؛ لأنَّه مُتعنِّتٌ في طَلَب القِسمةِ، والقاضي[1] يُجيبُ المُتعنِّتَ بالرَّدِّ؛ لأنَّه إذا كان مُتعنِّتًا: لا يَكونُ له فيها مَنفعةٌ، وإذا لم يَكُن له فيها مَنفعةٌ: فلا حَقَّ له فيها، ومن لا حَقَّ له في الشَّيء: لم تَصِحَّ دَعواه فيه، فلا يُقضَى له فيه.

والتَّعنُّتُ: طَلَبُ العَنَتِ، وهو المَشَقَّةُ.

وذَكَر الجَصَّاصُ رَحِمَهُ اللَّهُ على قَلب هذا[2]؛ لأنَّ صاحِبَ الكَثيرِ يُريدُ الإضرارَ بغَيره، والآخَرُ يَرضى بتضَرُّر نَفسِه.

قَولُه: (لم يَقسِم إلا بتَراضيهما) لأنَّ الجَبرَ على القِسمة لتكميل المَنفَعةِ، وفي هذا تَفويتُها، فيَكونُ إضرارًا بهما.

ويَجوزُ بتَراضيهما لأنَّهم لو أقدَموا على إتلاف المِلكِ: لم يَمنَعهم من ذلك، فكذلك إذا رَضَيا بالقِسمة؛ لأنَّ المَنفعةَ لهما حاصِلةٌ من جِنسٍ واحِدٍ، فتَتحَقَّقُ المُعادَلةُ في المَنفَعة؛ للتَّقارُب[3] في المَقصود، فتَثبُتُ للقاضي وِلايةُ إخبارِ بعض الشُّرَكاءِ عليه.

---

(١) في (ز): فالقاضي.

(٢) الذي وقفت عليه من كلام الجصاص يوافق المذكور هنا، حيث قال في «شرح مختصر الطحاوي» ٨/ ٤٥٩: قال -أي الطحاوي-: (وإن كان الذي يصيب الطالب بالقسمة ينتفع به لكثرته، ولا ينتفع الآخر بنصيبه لقلته: قسمها بينهما) وذلك لأن للطالب حقًّا في هذه القسمة، وهو الانتفاع بملكه متميزًا عن ملك غيره، ومنع غيره من الانتفاع بملكه، والذي أباها إنما يريد الانتفاع بملك غيره، فيجبر على القسمة.

(٣) في (هـ): للتفاوت.

ويَقسِم العُروضَ إذا كانت من صِنفٍ واحِدٍ؛ لأن المَنفعةَ لهما حاصلةٌ من جِنسٍ واحِدٍ.

ولا يَقسِم الجِنسينِ بَعضَها في بَعضٍ؛ لتَفاوُت المقاصِدِ والمَنافِع.

(ولا يَقسِمُ الجِنسَين...) إلى آخِره: أي القاضي لا يَقسِمُ الأجناسَ المُختَلِفةَ من كلِّ وَجهٍ قِسمةَ جَمعٍ، بأن جَمَع نَصيبَ أحدِهما في الإبِل، ونَصيبَ الآخَرِ في جِنسٍ آخرَ، كالبَقَر مَثلًا؛ لأنَّ في قِسمة الجَمعِ تفويتَ جِنسِ المَنفَعةِ على الآبي؛ لأنَّ قبلَ القِسمةِ كان له مَنفَعةُ البَقَرِ والإبِلِ، وبعدَها تَفوتُ إحدى المَنفعتَين لا مَحالةَ، فلا تَقَعُ القِسمةُ تمييزًا، بل تَقَعُ مُعاوَضةً، وسَبيلُها التَّراضي دون جَبرِ القاضي.

فإن تراضَوا بالقِسمة في الجِنسَين: قَسَمه القاضي بينهم.

وقال أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَقسِم الرَّقيقَ والجَواهِرَ لتَفاوُتِهما، وكُلُّ واحِدٍ كجِنسٍ.

(ولا يَقسِمُ الرَّقيقَ والجَواهِرَ) أي لا يَقسِمُ جَبرًا، وتَأويلُ المَسألةِ: أن لا[1] يكونَ معهما مالٌ آخرُ[2].

---

(١) سقطت من (ز). وانظر التعليق الآتي.

(٢) قال في «العناية» ٩/ ٤٣٦: الرقيق إذا كان بين اثنين، وطلب أحدهما القسمة: فلا يخلو إما أن يكون الرقيق مع شيء آخر يصح فيه القسمة جبرًا كالغنم والثياب، أوْ لا يكون.

فإن كان: فالأصح القسمة في قولهم جميعًا على الأظهر، أما عندهما: فظاهر، وأما عند أبي حنيفة: فيجعل الذي مع الرقيق أصلًا في القسمة جبرًا، ويجعل الرقيق تابعًا له في القسمة، وقد يثبت الحكم لشيء تبعًا وإن لم يثبت قصدًا، كالشُّرب في البيع، والمنقولات في الوقف.

وإن لم يكن: فإن كانوا ذكورًا وإناثًا: لا يقسم إلا برضاهما، وإن كانوا ذكورًا أو إناثًا: لا يقسم القاضي بينهما في قول أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ، ولا يجبرهما على ذلك.

المُعتبرُ المُعادَلةُ في الماليَّة والمَنفعةِ، وذلك يَتفاوَتُ في الآدَميِّ باعتِبار مَعانٍ باطِنةٍ لا يُوقَف على حقيقتها، كالذِّهن والكَياسةِ، ألا ترى إلى قَول القائلِ[1]:

رُبَما كان واحِدٌ يَعدِلُ الألفَ زائِدًا ... وألوفٌ تَراهُمُ لا يُساوون واحِدًا

وقد يُرِي[2] الإنسانُ من نفسه[3] ما ليس فيه حَقيقةً، أو أكثرَ ممّا هو فيه، فيتعذَّرُ اعتِبارُ المُعادَلةِ في الماليَّة، فالتَحَق بالأجناس المُختَلِفةِ، ولا يَجري الجَبرُ فيها.

والتَّفاوُتُ فيما بين الجَواهرِ أفحَشُ، ألا ترى أنَّه لو تَزوَّج امرأةً على لُؤلُؤةٍ: لا تَصِحُّ التَّسميةُ، ويَصِحُّ ذلك على عَبدٍ! فأَولى أن لا يُجبرَ على القِسمة.

وقال أبو يوسف ومحمّدٌ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: يَقسِم الرَّقيقَ؛ لتَقارُب مَنافِعِها.

(وقالا: يَقسِمُ الرَّقيقَ) أي إذا كانوا ذُكورًا كلُّهم أو إناثًا، أي يَجمَعُ القاضي نَصيبَ أحدِهما في الرَّقيق، ونَصيبَ الآخَرِ في البَعض[4]؛ لأنَّ مُراعاةَ المُعادَلةِ في المَنفَعة مُمكِنةٌ؛ لتَفاوُت المَقصودِ باتِّحاد الجِنسِ، فيَقسِمُ بطَلَب بعضِهم، كسائر الحَيوانات.

ولا يُقسَمُ حَمّامٌ، ولا بِئرٌ، ولا رَحًى، إلا بتَراضي الشُّرَكاء؛ لأن كلَّ واحِدٍ يَستَضِرُّ به.

وإذا حَضَر وارِثانِ وأقاما البَيِّنةَ على الوَفاة، وعَدَدِ الوَرَثة، والدّارُ في أَيديهما،

(١) لم أقف على قائله، واستشهد به في «المبسوط» ١٢/ ١٣٣، و«التبيين» ٤/ ١١٢.

(٢) كذا ضبطت في الأصل.

(٣) في (هـ): (في نصيبه).

(٤) قوله: (أي يجمع القاضي نصيب أحدهما في الرقيق ونصيب الآخر في البعض) سقط هنا من (ز)، ومثبت بعد قوله: (ممكنة).

ومعهما[1] وارِثٌ غائِبٌ: قَسَم القاضي بطَلَب الحاضِرين، ونَصَب للغائِب وَكيلًا بقَبض نَصيبه؛ لأن القاضيَ يَقومُ مَقامَ الوارِثِ في تَرِكة المَيْت.

ولو كانوا مُشتَرِينَ: لم يَقسِم؛ لأن القاضيَ لا يَقومُ مَقامَ غير الوارِثِ إذا كان غائِبًا.

قَولُه: (والدَّارُ في أيديهم) أي في أيديهما.

اعلم أنَّ أحدَ الوَرَثةِ يَقومُ مَقامَ المَيْتِ، ويَنتَصِبُ خَصمًا عنه؛ لأنَّ مِلكَ الوارِثِ مِلكُ خِلافةٍ، ولهذا يَثبُتُ له حَقُّ الرَّدِّ بالعَيب على بائع المُورِّثِ، وتَصِحُّ إقالَتُه معه، فيَستَقيمُ أن يُجعَلَ بعضُ الوَرَثةِ خَصمًا عن البعض[2] في ذلك؛ لاتِّحاد السَّبَبِ في حَقِّهم، وهو الخِلافةُ عن المَيْت، وإذا ثَبَت هذا فنَقولُ:

إذا حَضَر اثنان، وطَلَب أحدُهما القِسمةَ: قام الطَّالِبُ مَقامَ نَفسِه، هذا لَفظُ السَّلَفِ[3]، والآخَرُ يَقومُ مَقامَ المَيْتِ، ويَثبُتُ حَقُّ الغائبِ بطَريق التَّبَعِ، وصار القِسمةُ قَضاءً بحَضرة المُتخاصِمَين، فيَجوزُ.

أمَّا المِلكُ الثَّابِتُ بالشِّراء مِلكٌ جَديدٌ بسببٍ باشَرَه في نَصيبه، ولهذا لا يَرُدُّ بالعَيب على بائع بائعِه، فلا يَصِحُّ[4] أحدُ الشَّريكَين خَصمًا عن الآخَر، والقاضي لا وِلايةَ له على الغائِب، فلم يَجُز القَضاءُ عليه من غير خَصمٍ حاضِرٍ عنه.

ألا ترى أنَّ أحدَ الوَرَثةِ إذا كان غائِبًا، وأقاموا البيِّنةَ: قُسِمت الدَّارُ بينهم، وعُزِل

---

(١) في (ب) و(د): أيديهم ومعهم.

(٢) في (ز): النصف.

(٣) قوله: (هذا لفظ السلف) مثبت من (و).

(٤) في (و): يصلح.

نَصيبُ الغائبِ! وفي الدَّار المُشتَراةِ إذا كان أحدُهم غائبًا لم يَقسِمها؛ لأنَّهم يَستَحِقُّون عليه وهو غائِبٌ، والحاضِرون ليسوا بخَصمٍ عنه.

أما الوَرثةُ إذا ادَّعوا الاستِحقاقَ على المَيْت: وكان[1] كلُّ واحِدٍ منهم خَصمًا عن الكُلِّ.

هذا حاصِلُ ما ذَكَره شَمسُ الأئمّةِ السَّرَخسِيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وغيرُه من المَشايخ رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ.

لكن بَقِي الإشكالُ في لَفظ الكِتابِ، وهو قَولُه: (لأنَّ القاضيَ يَقومُ مَقامَ الوارِثِ)، (لأنَّ القاضي لا يَقومُ مَقامَ غيرِ الوارثِ).

وذَكَر القاضي الإمامُ أبو زيدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ ما يُزيلُه فقال: إذا أقاموا البيِّنَةَ: فإنَّهم يَدَّعون استِحقاقًا على المَيْت، فيَصيرُ بعضُهم مُدَّعِيًا والبَعضُ خَصمًا عنه، وإن كان مُقِرًّا؛ لبُطلان إقرارِه على المَيْت، فتُسمَع عليه البيِّنَةُ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهم خَصمٌ عن المَيْت فيما يَستَحِقُّ للمَيْت وعليه، كما نَقولُ في الوَصيِّ إذا ادُّعِي عليه دَينٌ، فأقرَّ به: لم يَصِحَّ إقرارُه، ومتى قامت عليه البيِّنةُ: سُمِعت، أو رأى القاضي بنَفسه: يَصيرُ خَصمًا؛ لأنَّ الإجابةَ تَتوجَّهُ عليه.

وإذا حَضَر وارِثٌ واحِدٌ فطلب القِسمةَ: لم يَقسِم؛ لأن القِسمةَ بين الشَّخصينِ تكونُ.

(وإن حَضَر وارِثٌ واحِدٌ: لم يَقسِم) أي وإن أقام البيِّنةَ؛ لأنَّ القِسمةَ لا تَصِحُّ إلا بين مُتقاسِمَين؛ لأنَّ مِلكَ الوراِثِ مِلكُ خِلافةٍ، على ما بيَّنّا، فلا بُدَّ من إقامة البيِّنةِ

(١) هكذا في (هـ) و(و)، وفي (ز): فكان. ولعل الصواب حذف حرف العطف أصلًا.

على خِلافَتِهم، وإذا لم يَكُن بُدٌّ من إقامة البيِّنةِ عليها: فلا بُدَّ من المُدَّعي والمُدَّعى عليه، والواحِدُ لا يَصلُحُ أن يَكونَ مُدَّعِيًا ومُدَّعًى عليه، بخِلاف ما إذا حَضَر اثنان، على ما بيَّنّا.

والدُّورُ لا تُقسَم جُملةً عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وعندهما: تُقسَمُ إن كان الأصلَحُ لهم ذلك، كالرَّقيق.

وإن كانت دارٌ وضَيعةٌ، أو دارٌ وحانوتٌ: قُسِم كل واحِدٍ منهما على حِدَةٍ؛ لاختِلاف الجِنس.

قَولُه: (وعندهما: تُقسَمُ) أي هذا إذا كانت الدُّورُ في مِصرٍ واحِدٍ، فإن كانتا في مِصرَين: لا يُجمَعان في القِسمة عندهما[1]، إلا ما رُوِي عن محمّدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

لهما: أنَّ الدُّورَ جِنسٌ واحِدٌ؛ لاتِّحاد المَقصودِ، وهو السُّكنى، إلا أنَّها تَتفاوَتُ في مَنفَعة السُّكنى، باختِلاف البُلدانِ، والمَحالِّ، والقُربِ إلى المَسجِد والماءِ.

فمِن هذا الوَجه يُشبِهُ الأجناسَ المُختَلِفةَ، فكان الرَّأيُ فيه إلى القاضي عند تَعارُضِ الأدلّة، إن مال إلى الجِنس الواحِد: قَسَمها إذا كان لهم فيه نَفعٌ، وإن مال إلى اختِلاف الجِنسِ: لا يَقسِم، وهذا مَعنى قَولِه: **(إن كان الأصلَحُ لهم ذلك)** أي يَقسِمُها جَبرًا إن كان الأصلَحُ لهم ذلك.

له[2]: أنَّ القِسمةَ إفرازٌ، وإنَّما تكونُ إفرازًا إذا بَقِيت المَنفَعةُ الأولى على ما كانت قبلَ القِسمةِ، ثم المَنافِعُ في الأجناس المُختَلِفةِ مُختَلِفةٌ، فلم تُقسَم جمعًا؛

(١) في (هـ): عندنا.

(٢) في (و): قوله.

لأنَّ الأنصِباءَ متى جُمِعت في جِنسٍ: فاتَته مَنافِعُ سائرِ الأجناسِ، فامتَنَعت القِسمةُ؛ لفَوات مَعنى المَنفَعةِ، لا لأنَّها أجناسٌ مُختَلِفةٌ[1].

ألا ترى أنَّ الحَمَّامَ لا يُقسَمُ، ولا يُجمَعُ نَصيبُ كلِّ واحِدٍ منهم في بَيتٍ -والجِنسُ واحِدٌ-؛ لفَوات المَنفَعةِ!

وهذا المَعنى بعَينه مَوجودٌ في الدُّور؛ إذ رُبَّ دارٍ تَصلُحُ للخِزانة[2]، ورُبَّ دارٍ تَصلُحُ للتَّفرُّج لا لصيانة الأموالِ، ورُبَّ دارٍ تَصلُح للأمرَين جَميعًا، فعُلِم أنَّ الدُّورَ أجناسٌ مُختَلِفةٌ حُكمًا، فالجَبرُ لا يَجري في الأجناس المُختَلِفةِ.

يُوضِّحُه: أنَّ التَزوُّجَ على دارٍ كالتَّزوُّج على ثَوبٍ، والتَّوكيلَ بشِراءِ دارٍ كالتَّوكيل بشِراء ثَوبٍ، حتى لا يَصِحُّ في الكُلِّ، فعُلِم أنَّ الدُّورَ أجناسٌ حُكمًا.

والكَلامُ فيه كالكَلام في الرَّقيق، فلهذا لم يَشتَغِل بالدَّليل من الطَّرفَين، واكتَفى بقَوله: (كالرَّقيق).

ويَنبَغي للقاسِم أن يُفرِزَ ما يَقسِمُه، ويُعدِّلَه، ويَذرَعَه، ويُقوِّمَ البِناء، ويُفرِزَ كلَّ نَصيبٍ عن الباقي بطَريقه وشِرْبه، حتى لا يكونَ لنَصيب بعضهم بنَصيب الآخَرِ تَعَلُّقٌ.

(**ويَنبَغي للقاسِم أن يُفرِزَ ما يَقسِمُه**) أي يُفرِزَ ما أراد قِسمَتَه عمَّا لم يُرِد.

وذُكِر في «الهِداية»[3] وبعضِ نُسَخِ «النَّافعِ»: (يُصَوِّرَ)، أي يُصوِّرَه على قِرطاسٍ، ليَرفَعَ ذلك القِرطاسَ إلى القاضي، حتى يَتَولَّى الإقراعَ بينهم بنَفسه إن لم يَأمُره

---

(١) في (و): القسمة لقوله المنفعة أجناس مختلفة.

(٢) أي تكون محَصَّنةً ومعدةً لأن تحفظ فيها الأموال ونحوها من النفائس.

(٣) حيث قال ٤/ ٣٢٩: (وينبغي للقاسم أن يصور ما يقسمه).

بالإقراع.

(ويُعدِّلَه) أي يُسوِّيَه على سِهام القِسمةِ.

ويُروَى: (يَعزِلَه) أي يَقطَعَه بالقِسمة عن غيره، ومَعناهُ مَعنى الإفرازِ.

(ويَذرَعَه) ليَعرِف قَدرَه.

(ويُقوِّمَ البِناءَ) لحاجته إليه في الآخِرة.

(ويُفرِزَ كلَّ نَصيبٍ) ليَقطَعَ المُنازَعةَ على التَّمام.

ثم يَكتُبَ أَسامِيَهم، ويَجعَلَها قُرْعةً، ثم يُلَقِّبَ نَصيبًا بالأَوَّل، والذي يَليه بالثّاني، والثّالثُ على هذا.

(ثم يَكتُبَ أسامِيَهم، ويَجعلَها قُرعةً، ثم يُلقِّبَ نَصيبًا بالأوَّل...) إلى آخِره: قال الشَّيخُ الإمامُ شَمسُ الأئمّةِ الكَردرِيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ:

صُورَتُه: إذا كان لأحدهم نِصفٌ، وللآخَر ثُلُثٌ، وللثّالث سُدُسٌ، يُلقِّبُ النِّصفَ بالأوَّل، والثُّلُثَ بالثّاني، والسُّدُسَ بالثّالث، فإن خَرَج السُّدُسُ أوّلًا: يُدفَع من السَّهم الأوَّلِ، وهو النِّصفُ، وإن خَرَج بعدَه النِّصفُ: يُضَمُّ إلى ما يَليه حتى يَتِمَّ النِّصفُ، ويُدفَع إلى صاحِبه، ثُمّ وثُمّ... إلى آخِره.

وقال شَيخُنا رَحِمَهُ ٱللَّهُ: صُورَتُه: أرضٌ بين جَماعةٍ، لأحدهم سُدُسُها، ولآخَرَ نِصفُها، ولآخَرَ ثُلُثُها، يَجعلُها سِتّةَ أسهُمٍ، ويُلَقِّبُ الجُزءَ الأوَّلَ بالسَّهم الأوَّلِ، والذي يَليه بالثّاني، والثّالِثُ على هذا، ويَكتُبُ أسامِيَهم، ويَجعَلُها قُرعةً، ثمّ يُلقِيها في كُمِّه، فمن خَرَج اسمُه أوّلًا: فله السَّهمُ الأوَّلُ، فإن كان ذلك يَفي سَهمَه -بأن كان صاحِبَ

السُّدُسِ-: فله الجُزءُ الأَوَّلُ، وإن كان صاحِبَ الثُّلُثِ: فله الجَزءُ الأَوَّلُ والذي يَليه، وإن كان صاحِبَ النِّصفِ: فله الجُزءُ الأَوَّلُ واللَّذان يَلِيانِهِ.

ولا يُقالُ: في الإقراعِ تَعليقُ الاستِحقاقِ بخُروجِ القُرعةِ، فيَكونُ في مَعنى القِمارِ[1]، وإنَّه حَرامٌ: لأنَّ في القِمارِ تَعليقَ أصلِ الاستِحقاقِ بما يُستَعمَلُ فيه، وههنا أصلُ الاستِحقاقِ لكُلِّ واحِدٍ منهم لا يَتعَلَّقُ بخُروجِ القُرعةِ، فلا يَكونُ في مَعنى القِمارِ.

ثم يُخرِجَ القُرعةَ، فمن خَرَج اسمُه أوَّلًا: فله السَّهمُ الأَوَّل، ومن خَرَج اسمُه ثانِيًا: فله السَّهمُ الثّاني؛ تَطييبًا للقُلوب، وإزالةً للتُّهَمة.

قَولُه: (تَطييبًا للقُلوب، وإزالةً للتُّهَمة) أي لتُهَمة المَيلِ.

وفيه إشارةٌ إلى أنَّ القُرعةَ ليست بواجِبةٍ. وذَكَر في «الهِداية»: أنَّه لو عيَّن لكُلِّ واحِدٍ منهم نَصيبًا من غير اقتِراعٍ: جاز[2].

ولا يُدخِلُ في القِسمة الدّراهِمَ إلا بتَراضيهم؛ لأنه يَصيرُ بَيعًا بقَدر الدّراهم.

قال: (ولا يُدخِلُ في القِسمة الدَّراهِمَ) قال الشَّيخُ الإمامُ بَدرُ الدِّينِ رَحِمَهُ اللَّهُ:

صُورَتُه: دارٌ بين جَماعةٍ، فأرادوا قِسمَتَها، وفي أحَد الجانِبَين فَضلُ بِناءٍ، فأراد

---

(١) القمار: مصدر قامر، هو كل لعب يشترط فيه غالبًا أن يأخذ الغالب شيئًا من المغلوب، وأصله أن يأخذ الواحد من صاحبه شيئًا فشيئًا في اللعب، ثم عرفوه بأنه تعليق الملك على الخطر والمال في الجانبين. «التعريفات الفقهية» ص١٧٧.

(٢) لأن القسمة في معنى القضاء، فيملك الإلزام، أي لأن القسمة والتذكير باعتبار القسم في معنى قضاء القاضي، فيملك الإلزام، أي إلزام الشركاء بما فعل من القسمة، ولأن القرعة لتطييب القلوب كما ذكرنا. «الهداية والبناية» ١١/ ٤٣٣.

أحَدُ الشُّركاءِ أن يكونَ عِوَضُ البِناءِ دَراهِمَ، وأراد الآخَرُ أن يَكونَ عِوَضُه من الأرض، فإنَّه يَجعَلُ عِوَضَ البِناءِ من الأرض، ولا يُكلِّفُ الذي وَقَع البِناءُ في نَصيبه أن يَرُدَّ بإزاء البِناءِ دَراهِمَ، إلا إذا تَعذَّر، فحينئذٍ للقاضي ذلك[1].

والصُّورةُ هذه، لا[2] أن تكونَ الصُّورةُ أنَّ الدَّراهِمَ من التَّرِكة لا تَدخُلُ في قِسمة الدَّارِ؛ لأنَّه ذَكَر قبل هذا: (ولا يَقسِمُ الجِنسَين)، وهذا يَتَّضِحُ لمن تأمَّل في «المَبسوط» وغيرِه.

قَولُه: (لأنَّه يَصيرُ بَيعًا بقَدر الدَّراهم) لأنَّه لا يُمكِنُ اعتِبارُ جِهةِ الإفرازِ، فتَصيرُ[3] مُبادَلةً وبَيعًا، ولا جَبرَ في البَيع.

فإن قَسَم بينهم ولأَحَدهم مَسيلٌ في مِلك الآخَر، أو طَريقٌ لم يُشتَرط في القسمة.. فإن أَمكنَ صَرْفُ المَسيلِ والطَّريق عنه: فليس له أن يَستَطرِق ولا أن يُسَيِّلَ في نَصيب الآخَر، وإن لم يُمكِن: فَسَخ القِسمةَ؛ لأن المَقصودَ قَطعُ الشِّرْكةِ وتَتميمُ المَنفعة.

(فإن قَسَم بينهم ولأحدهم مَسيلٌ...) إلى آخِره: صُورةُ المَسألة ما ذَكَر في «المَبسوط»: دارٌ بين رَجُلَين، وفيها صُفَّةٌ[4] فيها بَيتٌ، وبابُ البَيتِ في الصُّفَّة، ومَسيلُ

---

(١) لأن القِسمةَ من حُقوق الْمِلكِ الْمُشترَكِ، والشِّرْكةُ بينَهم في الدّار لا في الدَّراهِم، فلا يَجوزُ قِسمةُ ما ليس بمُشترَكٍ. ولأن أحَدَهما يَصِلُ إلى عَين الدّارِ ودَراهِمُ الآخرِ في ذِمّته، وربما يَتوى ذلك عليه. «الكافي» ٩/ ١٨٠.

(٢) في (ز): إلا.

(٣) في (و): فتعتبر.

(٤) هذه الجملة كما في الأصل، وفي باقي النسخ: وقطعه من الساحة. وكذلك في «المبسوط» ١٥/ ١٤.

ماءِ ظهرِ البيتِ على ظَهر الصُّفّة، فاقتَسما، فأصاب الصُّفّةَ أحدُهما، والبيتُ وقِطَعةٌ من السَّاحة لأحدهما، ولم يَذكُروا طَريقًا ولا مَسيلَ ماءٍ، وصاحِبُ البَيتِ يَقدِرُ أن يَفتَحَ بابَه فيما أصابه من السَّاحة، ويُسيِّلَ ماءَه في ذلك، فأراد أن يَمُرَّ في الصُّفّة ويُسيِّلَ ماءَه على ما كان له قبلَ القِسمةِ: فليس له ذلك، سَواءٌ اشتَرط كلُّ واحِدٍ منهما أنَّ له ما أصابه بكلِّ حَقٍّ له أو لم يَشتَرِط؛ لأنَّه أمكنَ تَحقيقُ مَعنى القِسمةِ من غير ضَرَرٍ؛ لأنَّ المَقصودَ قَطعُ الشِّركةِ وتَتميمُ المَنفعةِ، ولم يَحصُل، فتَفسُدُ القِسمةُ.

وهذا إذا لم تُشتَرط في القِسمة الحقُوقُ، أما إذا شُرِط ذلك: فإنَّ الطَّريقَ والمَسيلَ يُترَكُ بحاله في نَصيب الآخَرِ.

سُفْلٌ لا عُلْوَ له، وعُلْوٌ لا سُفْلَ له، وسُفْلٌ له عُلْوٌ: قُوِّم كلُّ واحِدٍ منهما على حِدةٍ، وقُسِم بالقيمة، ولا يُعتَبَرُ بغير ذلك، وهو قَولُ محمّدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

قَولُه: (سُفلٌ لا عُلوَ له...) إلى آخِره: **صُورةُ ذلك:** أن يَكونَ العُلوُ مُشتَرَكًا بين اثنَين، وسُفلُه لآخَرَ، وسُفلٌ مُشتَرَكٌ بينهما، وعُلوُه لآخَرَ، وعُلوٌ وسُفلٌ مُشتَرَكٌ بينهما.

قال أبو حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُحسَبُ في القِسمة ذِراعٌ من السُّفل بذراعَين من العُلو.

وقال أبو يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ذِراعٌ بذِراعٍ.

وقال محمّدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُقسَم بالقيمة.

قيل: إنَّ أبا حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ أجاب بِناءً على ما شاهَد من عادة أهلِ الكُوفةِ في تَفضيل السُّفلِ على العُلو، وأبو يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ أجاب بِناءً على ما شاهَد من عادة أهلِ بغدادَ في التَّسوية بين العُلوِ والسُّفلِ في مَنفَعة السُّكنى.

وكانَ(١) ما حُكِي عن أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ من قَدرِ القيمةِ: في عَصرهم ومِصرهم.

قَولُه: (وكان ما حُكِي عن أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ من قَدر القيمة: في عَصرهم ومِصرِهم) إشارةٌ إلى أنَّ المُختارَ قولُ محمّدٍ رَحِمَهُٱللَّهُ، وإنَّما قالا كذلك: لِمَا أنَّ القيمةَ في زَمَنهما كان(٢) كذلك.

وقيل: هو بِناءَ على أصلٍ آخرَ، وهو أنَّ عند أبي حنيفةَ رَحِمَهُٱللَّهُ: لصاحِب السُّفلِ مَنفَعتان، مَنفَعةُ السُّكنى، ومَنفَعةُ البِناء، فإنَّه لو أراد أن يَجعَلَ في سُفله سِردابًا(٣): لم يَكُن لصاحِب العُلوِ مَنعُه عن ذلك، ولصاحِب العُلوِ مَنفَعةٌ واحِدةٌ، وهو السُّكنى، فإنَّه لو أراد أن يَبنِيَ على عُلوه عُلوًا آخرَ: كان لصاحِب السُّفلِ منعُه عن ذلك.

وأبو يوسفَ رَحِمَهُٱللَّهُ يقول: لصاحِب العُلوِ أن يَبنِيَ على عُلوه إذا(٤) كان لا يَضُرُّ بالسُّفل، كما كان لصاحِب السُّفلِ أن يَتَّخِذَ سِردابًا إذا كان لا يَضُرُّ بالعُلو، واستَويا في المَنفَعة.

وتَفسيرُ قولِ أبي حنيفةَ رَحِمَهُٱللَّهُ: أن يُجعَلَ بإزاء مائةِ ذِراعٍ من العُلو الذي لا سُفلَ له ثَلاثةٌ وثَلاثون وثلث ذِراعٍ من البَيت الكاملِ، وبإزاء مائةِ ذِراعٍ من السُّفل الذي لا عُلوَ

(١) ويجوز أن تكون: (وكانّ).

(٢) مثبتة من (و).

(٣) هو بيت يتخذ تحت الأرض للتبريد وغيره. «مجمع الأنهر» ١/ ٧٤٧.

السرداب: بناء تحت الأرض، يلجأ إليه من حر الصيف (ج) سراديب. «المعجم الوسيط» ١/ ٤٢٦.

(٤) في (و): لا إذا.

له سِتّةٌ وسِتّون ذِراعًا وثُلُثا ذِراعٍ من البَيت الكاملِ؛ لأنَّ العُلوَ عندَه مثلُ نِصفِ السُّفلِ.

وعند أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُجعَلُ بإزاء خَمسين ذِراعًا من البَيت الكاملِ مِائةُ ذِراعٍ من السُّفل الذي لا عُلوَ له، أو مِائةُ ذِراعٍ من العُلو الذي لا سُفلَ له؛ لأنَّ السُّفلَ والعُلوَ عندَه سَواءٌ.

وقَولُ محمّدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ لا يَفتَقِرُ إلى التَّفسير، والفَتْوى على قَوله، كذا في «المَبسوط».

وإذا اختَلَف المُتقاسِمونَ فشَهِد القاسِمان: قُبِلت شَهادَتُهما؛ لأنهما عَدلان.

قَولُه: (لأَنَّهما عَدلان) ولا يُقالُ: إنَّهما عَدلان لكنَّهما مُتَّهمان؛ لأَنَّهما شَهِدا على فِعل أنفُسِهما، فلا يُقبَل، كمن عَلَّق عَتقَ عَبدِه بفِعل غيرِه، فيَشهَدُ ذلك الغَيرُ على فِعله[1]:

لأنَّ فِعلَهما التَّميزُ، ولا حاجةَ إلى الشَّهادة عليه، أو لأنَّه لا يَصلُحُ مَشهودًا به؛ لِمَا أنَّه غيرُ لازِمٍ[2]، وإنَّما يَلزَمُه بالقَبض والاستيفاءِ[3]، وهو فِعلُ الغيرِ، وهُما شَهِدا بالقَبض والاستيفاءِ، فتُقبَلُ[4].

ولا فَرقَ بين ما إذا قَسَما بأجرٍ أو بغَير أجرٍ، هو الصَّحيحُ[5].

(١) بأن علق عتقه بكلام رجلين فشهدا أنه كلمهما. «البناية» ١١/ ٤٤٦.

(٢) أي لا يلزم حكمًا، فلا يكون مقصودًا، فلا تكون الشهادة عليه من حيث المعنى. «البناية» ١١/ ٤٤٦.

(٣) لأن القبض هو الملزوم. «البناية» ١١/ ٤٤٦.

(٤) في «الهداية» ٤/ ٣٣٢: جعل مقول قوله: (لا يقال) وجهَ قول الإمام محمد في المسألة، وجعل جوابه وجه قول الشيخين.

(٥) وسواء شهدا على القسمة لا غير ابتداءً ثم قالا بعد ذلك: نحن قسمنا أو شهدا على قسمة=

فإن ادَّعى أحدُهما الغَلَطَ، وزَعَم أن مِمّا أصابَه شَيئًا[1] في يَد صاحِبه، وقد أشهَد على نفسه بالاستيفاء: لم يُصَدَّق على ذلك إلا بالبَيِّنة؛ لأن هذه الدَّعوى تُخالِفُ الإقرارَ بالاستيفاء.

قَولُه: (لأنَّ هذه الدَّعوى تُخالِفُ الإقرارَ بالاستيفاء) أي إنَّه مُتناقِضٌ؛ لأنَّه قد أقَرَّ باستيفاء كَمالِ حَقِّه، فبعد ذلك هو مُناقِضٌ فيما يدَّعيه في يد صاحِبه، فلا تُقبَلُ دَعواه.

وكان يَنبَغي أن لا تُقبَلَ بيِّنَتُه؛ لأنَّها تَترَتَّبُ على الدَّعوى الصَّحيحةِ، ولم تُوجَد؛ لتَناقُضه، وقد صَرَّح في «المَبسوط»: أنَّ البيِّنَةَ لا تُقبَل على ذلك[2].

=أنفسهما من الابتداء على الصحيح، كما في «التتارخانية»، وعلى هذا تقبل شهادة القبانيين إذا كان المنكر حاضرًا حال الوزن والتسليم، كما في «الفتاوى». «الشرنبلالية» ٢/ ٤٢٥.

(١) في سوى (ب): شيءٌ.

(٢) الذي وقفت عليه في «المبسوط» ١٥/ ٦٤ قوله: قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وإذا اقتسم القوم أرضًا ميراثًا بينهم أو شراءً، وتقابضوا، ثم ادعى أحدهم غلطًا في القسمة؛ فإنه لا يشتغل بإعادة القسمة بمجرد دعواه) لأن القسمة بعد تمامها عقد لازم، فمدعي الغلط يدعي لنفسه حق الفسخ بعدما ظهر سبب لزوم العقد، وقوله في ذلك غير مقبول، كالمشتري إذا ادعى لنفسه خيارًا بسبب العيب أو الشرط.

ولكن إن أقام البينة على ذلك فقد أثبت دعواه بالحجة، فتعاد القسمة بينهم حتى يستوفي كل ذي حق حقه؛ لأن المعتبر في القسمة المعادلة، وقد ثبت بالحجة أن المعادلة بينهم لم توجد، كما لو أثبت المشتري العيب بالبينة.

وإن لم يكن له بينة وأراد أن يستحلفهم على الغلط فله ذلك؛ لأنهم لو أقروا بذلك لزمهم، فإذا أنكروا استحلفوا عليهم لرجاء النكول، فمن حلف منهم لم يكن له عليه سبيل، ومن نكل عن اليمين جمع نصيبه إلى نصيبه، ثم يقسم ذلك بينهما على قدر نصيبهما؛ لأن الناكل كالمقر، وإقراره حجة عليه دون غيره، ففيما في يده يجعل كأن ما أقر به حق، فيقسم بينهما على قدر نصيبهما.

وكذلك كل ما يقسم فهو على هذا، لا يعاد ذرع شيء من ذلك ولا مساحته ولا كيله ولا وزنه=

فعلى هذا: قَولُه: (لم يُصدَّق على ذلك إلا ببيِّنةٍ) مُشكِلٌ.

ويَحتَمِلُ أنَّه ما[1] أراد به إلا بإقرار صاحبِه، كما ذَكَر في «المَبسوط»: لم يُصدَّق على ذلك إلا أن يُقِرَّ به صاحِبُه.

وهذا لأنَّه كالبيِّنة، والمُناقِض إذا صَدَّقه خَصمُه: يَثبُت الاستِحقاقُ به.

وكان شَيخُنا رَحِمَهُ ٱللَّهُ يَقولُ: التَّناقُضُ عَفوٌ في مَوضِع الخَفاءِ[2]، كالعَبد يَدَّعي الحُرِّيّةَ بعدما أقرَّ أنَّه رَقيقٌ[3]، فكأنَّ هذه المَسألةَ أُلحِقت بتِلك.

وذَكَر في «المَبسوط»: إذا اقتَسَم القَومُ مَيراثًا بينهم، أو شِراءً، وتَقابَضوا، ثمّ ادَّعى أحدُهم غَلَطًا في القِسمة: فإنَّه لا يُشتَغَل بإعادة القِسمةِ بمُجرَّد دَعواه، ولكن إن أقام البيِّنةَ تُعادُ القِسمةُ.

فالحاصِلُ: أنَّه إذا لم يُشهِد على نفسه بالاستيفاء: تُقبَل البيِّنةُ، وإذا أشهد[4] على نفسه[5]: لا تُقبَل؛ لوُجود التَّناقُضِ هنا، وعَدَمِه فيما إذا لم يُشهِد، فيَحتَمِلُ أن يَكونَ قَولُه: (وقد أَشهَد على نفسه بالاستِيفاء) زِيادةٌ من النُّساخ، أو قَولُه: (إلا ببيِّنةٍ)، واللهُ أعلَمُ.

=إلا بحجة؛ لأن الظاهر أن القسمة وقعت على سبيل المعادلة، وأنه وصل إلى كل ذي حق حقه، والبناء على الظاهر واجب ما لم يثبت خلافه. انتهى. وليحرر.

(١) مثبتة من (ز).

(٢) فلا يمنع صحة الدعوى. «الدرر» ٢/ ١٩١.

(٣) فيعذر في التناقض.

(٤) في (هـ): شهد.

(٥) قوله: (على نفسه) مثبت من (ز).

فإن قال: (استَوفيتُ حَقّي وأَخَذتَ بعضَه): فالقَول قَولُ خَصمِه بيَمينه.

قَولُه: (فالقَولُ قَولُ خَصمِه مع يَمينه) لأنَّه يَدَّعي عليه الغَصبَ، وهو مُنكِرٌ، والقَولُ قَولُ المُنكِرِ مع يَمينه، ودَعوى الغَصبِ منه دَعوَى صَحيحةٌ لا تَناقُضَ فيها، فيَستَوجِبُ بها اليَمينَ على المُنكِرِ.

وإن قال: (أَصابَني إلى مَوضِع كذا، ولم تُسَلِّمه إلَيّ)، ولم يُشهِد على نَفسه بالاستيفاء، وكَذَّبَه شَريكُه: تَحالَفا، وفُسِخت القِسمةُ؛ لأن القِسمةَ مُبادَلةٌ وإفرازٌ، وجِهةُ المُبادَلةِ راجِحةٌ في غير المِثليّات، وجِهةُ الإفرازُ راجِحةٌ في المِثليّات.

قَولُه: (وكَذَّبه شَريكُه) أي في قوله: (أصابَني إلى مَوضِع كذا).

فالحاصِلُ أنَّهما إذا تَصادَقا على قَبض كلِّ واحِدٍ منهما تَمامَ نَصيبِه بالقِسمة: لم يَكُن الاختِلافُ بينهما بعد ذلك اختِلافًا في المَعقود عليه، فلا يَتحالَفانِ، وإذا اختَلَفا في مِقدار ما قَبَض كلُّ واحدٍ منهما: كان ذلك اختِلافًا في المَعقود عليه، فيَتحالَفانِ.

وإذا استُحِقَّ بعضُ نَصيبِ أحدِهما بعينه: لم تُفسَخ القِسمةُ عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، ويَرجِعُ بحِصَّته من ذلك في نَصيب شَريكِه.

قَولُه: (وإذا استُحِقَّ بعضُ نَصيبِ أحدِهما...) إلى آخِره: صُورةُ المَسألةِ ما ذَكَر في «المَبسوط»: وإذا كانت الدَّارُ بين رَجُلَين نِصفَين، فاقتَسماها، فأَخَذ أحدُهما الثُّلُثَ من مُقدَّمِها، وقيمَتُه سِتُّمِائةٍ، وأَخَذ الآخَرُ[1] الثُّلُثَين من مُؤَخَرها، وقيمَتُه سِتُّمِائةٍ أيضًا، وهي ميراثٌ بينهما أو شِراءٌ، ثم استُحِقَّ نِصفُ ما[2] في يد صاحِبِ

(١) في (و): وقيمتها شيئًا واحدًا لآخر.

(٢) في سوى (و): نصفه مما.

المُقدَّمَ[١]..

فإنَّ أبا حنيفةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قال: يَرجِعُ صاحِبُ المُقدَّمِ على صاحِب المُؤْخَرِ برُبُع ما في يده، وقيمةُ ذلك مِائةٌ وخَمسون دِرهَمًا إن شاء[٢]، وإن شاء نَقَضَ القِسمةَ[٣].

وقال أبو يوسفَ رَحِمَهُ اللهُ: تَبطُلُ القِسمةُ، وما بَقِي في أيديهما بينهما نِصفانِ.

وقيل: محمّدٌ مع أبي يوسفَ. وقيل: محمّدٌ مع أبي حنيفةَ رَحِمَهُمُ اللهُ، وهو الأَصَحُّ[٤].

وَجهُ قَولِ أبي يوسفَ رَحِمَهُ اللهُ: أنَّ باستِحقاق نصفِ ما في يد صاحِبِ المُقدَّمِ شائعًا ظَهَر لهما شَريكٌ ثالِثٌ، والدَّارُ المُشتَرَكةُ بين ثَلاثةٍ إذا اقتَسَمها اثنانِ: لا تَصِحُّ، وصار هذا كاستِحقاق بعضٍ شائعٍ في النَّصيبَينِ[٥].

وَجهُ قَولِ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللهُ: أنَّ القِسمةَ كالبَيع، واستِحقاقُ بَعضِ المَبيعِ لا يُبطِلُ البَيعَ فيما بَقي، ولكن يُثبِتُ الخِيارَ للمُشتَري بين نَقضِ البَيعِ في الباقي، وبين الرُّجوعِ بعِوَض المُستَحَقِّ، فكذا القِسمةُ.

---

(١) وهو نصف الثلث.

(٢) لأنه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده وقيمته ثلاثمائة، فإذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع وقيمته مائة وخمسون؛ اعتبارًا للجزء بالكل، فيصير في يد كل من الشريكين أربعمائة درهم وخمسون درهمًا، والمجموع تسعمائة، وهو ثلاثة أرباع ألف ومائتين. «العناية» ٩/ ٤٥١.

(٣) دفعا لعيب التشقيص. «العناية» ٩/ ٤٥١.

(٤) محمد مع أبي يوسف على رواية أبي سليمان، ومع أبي حنيفة على رواية أبي حفص، وهو الصحيح. «العناية» ٩/ ٤٥١.

(٥) في (و): النصفين.

فالحاصِلُ: أنَّه إذا استُحِقَّ بعضٌ مُعيَّنٌ من نَصيب أحدِهما: لا تُفسَخ القِسمةُ بالإجماع.

ولو استُحِقَّ بعضٌ شائعٌ في الكُلِّ: تُفسَخُ بالاتِّفاق.

والخِلافُ فيما إذا استُحِقَّ بعضٌ شائعٌ من نَصيب أحدِهما، كذا في «الهِداية» و«الفَتاوى».

فإذا عَرفنا هذا: جِئنا إلى مَسألة الكِتابِ:

فقَولُه: (بعَينه) يَحتَمِلُ أن يَرجِعَ إلى البَعض المُستَحَقِّ، وإلى هذا مال صاحِبُ «الهِداية» رَحِمَهُ اللَّهُ، حتى قال: ذَكَر الاختلافَ في استِحقاق بعضٍ بعينه، والصَّحيحُ أنَّ الاختِلافَ في استِحقاق بعضٍ شائعٍ من نَصيب أحدِهما.

ويَحتَمِلُ أن يَرجِعَ إلى النَّصيب، أي استُحِقَّ جزءٌ شائعٌ من نَصيبٍ مُعيَّنٍ، ويَكونُ قَولُه: (بعَينه) للتَّأكيد[1].

---

(١) عبارة «الهداية» ٤/ ٣٣٣: قال رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: ذَكَر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه، وهكذا ذكر في «الأسرار»، والصحيح: أن الاختلاف في استحقاق بعض شائع من نصيب أحدهما. انتهى.

وقال في «الفتح» ٩/ ٤٥١: قوله: قال رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: (ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في «الأسرار») أي قال المصنف: ذَكَر القدوري الاختلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف في استحقاق بعض معين من نصيب أحدهما، وهكذا ذكر الاختلاف في «الأسرار». قال صاحب «النهاية»: وصفة الحوالة هذه إلى «الأسرار» وقعت سهوًا؛ لأن هذه المسألة مذكورة في «الأسرار» في الشائع وضعًا وتعليلًا من الجانبين وتكرارًا بلفظ الشائع غير مرة. انتهى.

أقول: وتعدية الحوالة بكلمة إلى في قول صاحب «النهاية» وصفة الحوالة هذه إلى «الأسرار» وقعت سهوًا أيضا، والمطابق للغة تعديتها بكلمة على. =

قَوْلُه: (لم تُفسَخ القِسمةُ) أراد به أنْ لا تَنتَقِضَ القِسمةُ جُزءًا، لكن له الخِيارُ، إن شاء نَقَض القِسمةَ، فيَكونُ الباقي[1] الذي في يَده، وما في يد شَريكِه بينهما نِصفانِ، وإن شاء أجاز القِسمةَ، ورَجَع على شَريكه برُبُع ما في يَده.

ويَدُلُّ عليه ما ذُكِر في «المَنظومة»[2].

= وقال صاحب «العناية» بعد نقل كلام صاحب «النهاية» بعين عبارته: وأقول: وفي قوله: ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه أيضًا نظر، فإن قول القدوري: وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه ليس بنص في ذلك؛ لجواز أن يكون قوله: بعينه متعلقًا بنصيب أحدهما، لا ببعض، فيكون تقرير كلامه: وإذا استحق بعض شائع في نصيب أحدهما بعينه، وحينئذ يكون الاختلاف في الشائع لا في المعين. انتهى.

أقول: لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن كلام القدوري إن لم يكن نصًا فيما حمل عليه المصنف فهو ظاهر فيه، بحيث لا يشتبه على أحد من فحول العلماء، لأن قوله: (بعينه) لو لم يكن متعلقًا بـ (بعض) كان البعض المذكور في هاتيك المسألة مبهمًا، فلا يعلم أن المراد به البعض المعين أو الشائع، فيختل وضع المسألة.

وأيضًا: لو كان قوله: (بعينه) متعلقًا بقوله: (نصيب أحدهما) كان لمجرد التأكيد، بل صار بمنزلة اللغو في مثل هذا المقام، وأما إذا كان متعلقًا بـ (بعض) يكون تأسيسًا مفيدًا للمراد، مزيلًا للإبهام، فأنّى هذا من ذلك!

على أن الأصل في أمثال هذا التركيب تعلق القيد بالمضاف دون المضاف إليه، كما بين في محله، فتبين أن كلام القدوري ظاهر فيما حمل عليه المصنف، وقد تقرر في علم الأصول: أن الظاهر يوجب الحكم قطعًا كالنص، على أحد معنيي القطعي، وهو ما يقطع الاحتمال الناشئ عن دليل، إلا أن التفاوت بينهما -أي بين الظاهر والنص- إنما يظهر عند التعارض، فيقدم النص على الظاهر عنده، ولم يعارض الظاهر هنا نصٌّ، فوجب الحكم بموجبه. انتهى.

(١) في (هـ): للباقي.

(٢) حيث قال الإمام أبو حفص رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَىٰ ثمة ص٤٠٩: =

قَولُه: (ويَرجِعُ بحِصَّته) أي بحِصَّة الشَّريكِ المُستَحِقِّ عليه من ذلك، أي من المُستَحَقِّ.

وقال أبو يوسف: تُفسَخ القِسمةُ؛ لأنه ما رَضِيَ أن يكونَ[1] عِوَضُه من حِصّته مما في يد شَريكِه إلا من الدّار.

ولأبي حنيفة: أنه أَمكَنَ جَبْرُ حَقِّه بالمِثلِيّ[2]، فلا يُحتاجُ إلى الفَسخ.

قَولُه: (لأنَّه ما رَضِي أن يكونَ[3] عِوَضُه من حِصَّته ممّا في يد شَريكِه إلا من الدَّار) يعني أنَّه كان للمُستَحِقِّ عليه حِصّةٌ في كلِّ جُزءٍ من أجزاء الدَّارِ، على ما عُرِف من أمر الشِّرْكةِ، وإنَّه ما رَضِي بالقِسمة وقَبضِ الشَّريكِ المُقاسِمِ حِصَّتَه إلا وأن يَسلَم له من الدَّار ما يَصلُحُ عِوَضًا عن تلك الحِصّةِ، وهو الجُزءُ الذي استُحِقَّ عليه، ولم يَسلَم له، فتُفسَخ القِسمةُ، كذا ذَكَر شَيخُنا رَحِمَهُ اللَّهُ.

وإليه أشار في «الهادي» فقال: لو لم تُفسَخ القِسمةُ: يَجِبُ على شَريكه أن يُعطِيَه في مُقابَلة المُستَحَقِّ شيئًا آخرَ غيرَ الدَّارِ، وهو لا يَرضى بذلك.

وذَكَر فيه[4]: ما ذُكِر في بعض النُّسَخ: (لأنه ما رَضِي إلا وأن يَكونَ) وهذا غَلَطٌ؛

= اقتسما دارًا بغير جبرِ ... على استواء قيمة لا قدْرِ

ثم استحق نصف ذا لم ينتقض ... لكن إذا ما شاء نقضًا يعترض

وفي الرضا بقدر ذاك ينقلبْ ... على الشريك والأخير مضطربْ

(١) في (ج) و(د): لأنه ما رَضِيَ إلا وأن يكونَ.

(٢) في (أ): بالمثل.

(٣) في الأصل: ما رضي إلا وأن يكون.

(٤) أي في «الهادي».

لأنَّه قال في آخِره: (إلا من الدَّار) فيَتكرَّرُ[1] الاستِثناءُ، وذلك غير صَحيحٍ.

وهذا لأنَّ ظاهِرَ الكَلامِ يَقتَضي أنَّ هذا استِثناءٌ من الاستِثناء، وإنَّه فاسِدٌ؛ لأنَّه يُؤدِّي إلى نَقض الفَرَضِ.

ولو جُعِل الاستِثناءان من صَدر الكَلامِ: لا يَبعُدُ، وإنَّه صَحيحٌ مع حَرف النَّسَقِ[2] وبدونه، كما يُقالُ: جاءني القَومُ إلا زَيدًا إلا عَمرًا، وقد عُرِف في كُتُب النَّحوِ[3].

وعلى هذا: يَكونُ المَعنى: أنَّه رَضِي على أن يَحصُلَ له عِوَضٌ، وعلى أن يَكونَ ذلك العِوَضُ من الدَّار، أي رَضِي على أن يَحصُلَ له هذان العِوَضانِ[4]، ولم يَحصُل، فتُفسَخُ القِسمةُ.

❁❁❁

التَّمليكُ نَوعان: تَمليكُ عَينٍ، وتَمليكُ مَنفَعةٍ.

---

(١) في (ز): فينكر.

(٢) أي حرف العطف، وهو الواو هنا.

(٣) قال المبرِّد -برد الله مضجعه- في «المقتضب» ٤/ ٤٢٤: (هذا باب تكرير الاستثناء بغير عطف): تقول: ما جاءني أحد إلا عمرًا، وإن شئت قلت: إلا زيدًا إلا عمرو، فالمعنى فيهما جميعًا واحد، وإن اختلف الإعراب؛ لأنك إذا شغلت الفعل بأحدهما انتصب الآخر بالاستثناء، ولم يصلح البدل: لأن المرفوع منهما موجب.

وتقول: ما جاءني إلا زيدًا إلا عمرًا أحد؛ لأن التقدير ما جاءني إلا زيدًا أحد إلا عمرو، فلما قدمت عمرًا صار كقولك: ما جاءني إلا عمرًا أحد؛ لأنك لو أخرته كان الوجه ما جاءني أحد إلا عمرو، وتقول: ما جاءني إلا زيدًا غير عمرو أحد؛ لأن غير عمرو بمنزلة قولك: إلا عمرًا ... إلخ. وانظر «شرح التسهيل» لابن مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ ٢/ ٢٩٥.

(٤) في (هـ) و(و): الغرضان.

وكلُّ نَوعٍ يَتنوَّعُ على نَوعَين: بعِوَضٍ، وبغير عِوَضٍ.

وتَمليكُ الأعيان قد مَرَّ بنوعَيه[1]، وكذا ذِكرُ تَمليكِ المَنفَعةِ بغَير عِوَضٍ[2]، فاحتاج إلى بَيان تَمليكِ المَنفعةِ بعِوَضٍ.

ولَمّا شابه[3] البُيوعَ ألحَقها[4]، وأخَّرها عن القِسمة والشُّفعةِ؛ لِما أنَّ الشُّفعةَ من أحكام البَيعِ المُطلَقِ، فلا بُدَّ من ذِكرها عَقيبَ البُيوعِ.

ولأنَّها أحَدُ نَوعي المُبادَلةِ؛ لأنَّها نوعان: برِضًا، وبغَير رِضًا شَرعًا، فقَدَّم الأوَّلَ[5]؛ لأنَّه ثابِتٌ شَرعًا وعَقلًا، وأخَّر الثَّانِيَ[6]؛ لأنَّها ثابِتةٌ شَرعًا بخِلاف القِياسِ[7]، ألا ترى إلى قَوله[8]: (لأنَّه مُتمَلِّكٌ بالثَّمَن كالمُشتَري، إلا أنَّ رِضا المُتمَلَّكِ عليه ليس بشَرطٍ في حَقِّه شَرعًا)!

والقِسمةُ مُبادَلةٌ من وَجهٍ إفرازٌ من وَجهٍ، فكانت مُلحَقةً بالبَيع، ولهذا يَجري التَّحالُفُ وغيرُه من أحكام البُيوعِ.

---

(١) وهما تمليك الأعيان بعوض وهو البيع، وتمليك الأعيان بغير عوض وهو الهبة.

(٢) وهو العاريّة.

(٣) أي تمليك المنفعة بعوض.

(٤) أي ألحق الإجارات بالبيوع.

(٥) وهو البيع والإجارة ونحوهما.

(٦) وهو الشفعة.

(٧) فمدار الشفعة على عدم اعتبار رضا المتملك، وعن هذا قالوا: إن حق الشفعة معدول عن سَنَن القياس؛ لما فيه من تملك المال على الغير بغير رضاه. «الفتح» ٩/ ٤٠٥.

(٨) أي قول صاحب المتن في ما تقدم من كتاب الشفعة.

وإنَّما قَدَّمها[1] على الإجارة: لِمَا أنَّها تكونُ في الأعيان، والإجارةَ في المَنافع، والأعيانُ أصلٌ، والمَنافِعُ تبَعٌ؛ لقِيامها بها، واللهُ أعلَمُ.

(١) أي القسمة

فهرس الموضوعات

وكلُّ نَوعٍ يَتنوَّعُ على نوعَين: بعِوَضٍ، وبغير عِوَضٍ.

وتَمليكُ الأعيان قد مَرَّ بنوعَيه[1]، وكذا ذِكرُ تَمليكِ المَنفَعةِ بغَير عِوَضٍ[2]، فاحتاج إلى بَيان تَمليكِ المَنفَعةِ بعِوَضٍ.

ولَمّا شابه[3] البُيوعَ ألحَقها[4]، وأخَّرها عن القِسمة والشُّفعةِ؛ لِما أنَّ الشُّفعةَ من أحكام البَيعِ المُطلَقِ، فلا بُدَّ من ذِكرها عَقيبَ البُيوعِ.

ولأنَّها أحَدُ نَوعي المُبادَلةِ؛ لأنَّها نوعان: بِرِضًا، وبغَير رِضًا شَرعًا، فقَدَّم الأوَّلَ[5]؛ لأنَّه ثابِتٌ شَرعًا وعَقلًا، وأخَّر الثَّانِيَ[6]؛ لأنَّها ثابِتةٌ شَرعًا بخِلاف القِياسِ[7]، ألا ترى إلى قَوله[8]: (لأنَّه مُتمَلِّكٌ بالثَّمَن كالمُشتَري، إلا أنَّ رِضا المُتمَلِّكِ عليه ليس بشَرطٍ في حَقِّه شَرعًا)!

والقِسمةُ مُبادَلةٌ من وَجهٍ إفرازٌ من وَجهٍ، فكانت مُلحَقةً بالبَيع، ولهذا يَجري التَّحالُفُ وغيرُه من أحكام البُيوعِ.

---

(١) وهما تمليك الأعيان بعوض وهو البيع، وتمليك الأعيان بغير عوض وهو الهبة.

(٢) وهو العاريّة.

(٣) أي تمليك المنفعة بعوض.

(٤) أي ألحق الإجارات بالبيوع.

(٥) وهو البيع والإجارة ونحوهما.

(٦) وهو الشفعة.

(٧) فمدار الشفعة على عدم اعتبار رضا المتملك، وعن هذا قالوا: إن حق الشفعة معدول عن سَنَن القياس؛ لما فيه من تملك المال على الغير بغير رضاه. «الفتح» ٩/ ٤٠٥.

(٨) أي قول صاحب المتن في ما تقدم من كتاب الشفعة.

وإنَّما قَدَّمها[1] على الإجارة: لِمَا أنَّها تكونُ في الأعيان، والإجارةَ في المَنافع، والأعيانُ أصلٌ، والمَنافِعُ تَبَعٌ؛ لِقيامها بها، واللهُ أعلَمُ.

(١) أي القسمة

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

فهرس المطالب التي أشير إليها في نسخة (ح)